مجلة الحقوق

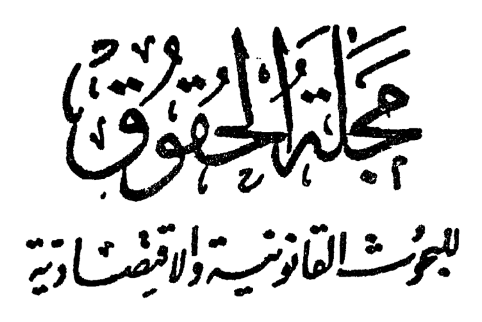
للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية



العدد الثالث والرابع ١٩٩٣



مجلة مُحكَمَة تصدرها كلية الحقوق

جامعة الإسكندرية

رؤساء التحرير السابقون

أ.د. زكى عبد المتعال مؤسس المجلة	١٩٤٢ - ١٩٤٥
أ.د. عبد المعطى الخيال	١٩٤٥ - ١٩٤٦
أ.د. السعيد مصطفى السعيد	١٩٤٦ - ١٩٤٩
أ.د. حسن أحمد بغدادى	١٩٤٩ - ١٩٥٢
أ.د. حسين فهمى	١٩٥٢ - ١٩٥٩
أ.د. أنور سلطان	١٩٥٩ - ١٩٦٤
أ.د. على صادق أبو هيف	١٩٦٤ - ١٩٦٦
أ.د. أحمد شمس الوكيل	١٩٦٦ - ١٩٦٨
أ.د. حسن حسن كيره	١٩٦٨ - ١٩٧١
أ.د. مصطفى كمال طه	١٩٧١ - ١٩٧٤
أ.د. على محمد البارودى	١٩٧٤ - ١٩٧٧
أ.د. محسن خليل	١٩٧٧ - ١٩٧٩
أ.د. توفيق فرج	١٩٧٩ - ١٩٨٢
أ.د. جلال ثروت محمد	١٩٨٢ - ١٩٨٥
أ.د. جلال على العدوى	١٩٨٥ - ١٩٨٨
أ.د. مصطفى الجمال	١٩٨٨ - ١٩٩١
أ.د. محمد زكى أبو عامر	١٩٩٢ - ١٩٩٣

محتويات العدد

الحق فى الإخلاء الجبرى
ونظامه الاجرائى

دراسة مقارنة

فى القانونين المصرى والفرنسى

الدكتور

أحمد على السيد خليل

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١ – الإخلاء الجبرى والتنفيذ المباشر:

إذا كان الحجز هو أكثر وسائل التنفيذ شيوعا إلا أنه ليس الوسيلة الوحيدة للتنفيذ(١). فيحسب "محل" الالتزام الواجب تنفيذه وما اذا كان مبلغا من النقود أم ليس كذلك تتحدد وسيلة التنفيذ الجبرى. فعندما يكون محل الالتزام المطلوب تنفيذه مبلغا من النقود، فإن طريق التنفيذ عندئذ هو "الحجز" على أموال المدين واستيفاء الدين من المال المحجوز ذاته إذا صادف وكان هذا المال نقودا والا فمن ثمنه بعد بيعه إذا لم يكن كذلك. أما عندما يكون محل الالتزام شيئا آخر غير النقود، فإن طريق التنفيذ الواجب اتباعه حينئذ ليس الحجز – والذى يعد وسيلة غير مباشرة لإقتضاء الحق – وإنما هو "التنفيذ المباشر" حيث تستعمل القوة الجبرية لإقتضاء محل الالتزام مباشرة (٢).

---

(١) د. عبد الباسط جميعى، طرق وإشكالات التنفيذ فى قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربى، ١٩٧٤، ص ٣، د. أمينة النمر، التنفيذ الجبرى، ١٩٨٨، ص ٧، د. عزمى عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات، دار الفكر العربى، ١٩٨٣ – ١٩٨٤، ص ٣٨.

(٢) أنظر فى تقسيم التنفيذ على أساس الوسيلة إلى تنفيذ مباشر وتنفيذ غير مباشر بحسب ما إذا كان يتم بوسائل مباشرة أو بوسائل غير مباشرة، والوسائل المباشرة للتنفيذ هى التى تحقق التنفيذ بغير إحداث أى تغيير فى المركز القانونى لطالب التنفيذ أو المنفذ ضده، أما الوسائل غير المباشرة للتنفيذ فهى الوسائل التى تحقق هدف التنفيذ عن طريق إحداث تغيير فى المركز القانونى لطالب التنفيذ أو المنفذ ضده أو عن طريق التأثير على إرادة المدين ليقوم بالأداء المطلوب، وأنه وفقا لهذا التقسيم يعد "الحجز" تنفيذا "مباشرا" إذا كان حجزا على نقود لدى المدين تنفيذا لإلتزام هو الآخر بمبلغ من النقود، بينما يعد هو ذاته تنفيذا "غير مباشر" إذا كان حجزا على
=

وإذا كانت أحوال التنفيذ المباشر متعددة ولا تقع تحت حصر[٣]، فإن الإخلاء الجبرى للأماكن - وهو محل هذه الدراسة - يعد من بينها[٤]، بل إنه يعد أكثر هذه الأحوال شيوعا فى فرنسا[٥] ومصر.فالتنفيذ المباشر هو الطريق الذى يتم به الإخلاء الجبرى نظرا لأن كل الالتزام الوارد فى السند التنفيذى عندئذ المفروض أنه ليس مبلغا من النقود واجب الوفاء - ولذلك فطريق الحجز مستبعد - وإنما عين معينة يجب أن تكون خالية مما يشغلها من أشخاص أو منقولات، ولا يفعل الدائن للوصول إلى هذه النتيجة سوى استعمال القوة الجبرية لإخلاء العين مباشرة. فهذا هو الإخلاء الجبرى.

وإذا كان يشترط لإتباع طريق التنفيذ المباشر شرطان هما أن يكون هذا التنفيذ ممكنا من الناحية المادية وممكنا من الناحية الأدبية [٦]، فان ذلك لا يحول عادة بين الاخلاء الجبرى وبين التنفيذ المباشر. فالاخلاء ممكن دائما من الناحية المادية طالما لم يحدث هلاك للعين، ثم إنه أيضا ممكن من

= منقولات أخرى للمدين: د. محمد عبد الخالق، مبادئ التنفيذ، الطبعة الثالثة ١٩٧٧، دار النهضة العربية، بند ١٠.

(٣) كتسليم بضاعة معينة، أو إزالة بناء أو أقامته، أو سد مسقى أو اعادتها أو غلق عين أو فتحها، أو غير ذلك من الحالات التى لا يكون فيها محل الالتزام مبلغا نقديا.

(٤) أنظر: د. وجدى راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائى، ١٩٧٤، دار الفكر العربى، ص ١٤٩.

(٥) G. WIEDERKEHR, Encylcopedie Dalloz, Repertoire de procedure Civile Tome II, 2e ed, 1979 V. Execution des jugements et des actes, no 43.

(٦) د. فتحى والى، التنفيذ الجبرى، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، بند ٥، وفى نفس المعنى: د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة ١٩٨٦، منشأة المعارف، بند ٤ وما يليه د. نبيل عمر، التنفيذ القضائى واجراءاته، منشأة المعارف، ١٩٨١، بند ٤، د. عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها.

الناحية الأدبية نظرا لأنه لا يتطلب تدخلا شخصيا من المدين، إذ يمكن حلول سلطة التنفيذ محل المدين فتقوم باخراجه هو ومنقولاته دون المساس بحريته ودون حاجة إلى الضغط على ارادته ليقوم بالاخلاء بنفسه. وعلى أية حال فان الاخلاء الذى يصدر به حكم قضائى - وهو أكثر سندات الاخلاء الجبرى شيوعا - يراعى عادة عند النطق به توافر هذين الشرطين.

٢ - الطابع المأساوى للإخلاء الجبرى:

لا شك فى أن التنفيذ الجبرى عموما يؤدى إلى آثار خطيرة بالنسبة للمنفذ ضده، إذ أنه يؤدى إلى المساس بسمعته فضلا عن أمواله. وإذا كانت هذه الاثار تظهر واضحة جلية عند التنفيذ بالحجز ونزع الملكية حيث يصبح المدين - وبمجرد البدء فى التنفيذ - مغلوبا على أمره محروما من بعض سلطاته على ماله ومقيدا فى البعض الآخر، فإنها ليست أقل وضوحا عند التنفيذ المباشر بالإخلاء. ويكفى أن نتخيل فى هذا الصدد الآثار الوخيمة التى يمكن أن تترتب - فى الوضع الحالى لأزمة الاسكان فى مصر- على إخلاء مكان مخصص للسكن. إذ غالبا ما يترتب على الإخلاء الجبرى للمسكن تشريد للاسرة وإتلاف لمتاعها. ولن يكون مصير المنفذ ضده اسعد حالا لو كان محل الاخلاء مكانا مخصصا لأغراض أخرى تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنية. فالاخلاء من هذه الأماكن يعنى غالبا تجريد المنفذ ضده من مصدر رزقه، والذى قد لا يستطيع أن يعوضه عند الحصول على مكان بديل، على فرض أنه يملك مقابله.

ولذلك لم يكن مستغربا أن يعتبر البعض أن الإخلاء الجبرى للمساكن هو إجراء مخجل مذل لم يعد يليق بالقرن العشرين (٧). بل ولقد ذهب البعض إلى حد المناداة بتحريم الاخلاء للمساكن المؤجرة عندما يكون المستأجر حسن النية أو عندما تكون الأسرة ذات أطفال (٨).

ولكن إذا كان يحمد لهذه الآراء أنها تلفت النظر للطابع المأساوى للاخلاء الجبرى وضرورة السعى نحو حماية المنفذ ضده من الناحيتين النفسية والمادية، إلا أن تحمسها لرأيها كان يجب ألا يكون على حساب صاحب الحق فى الاخلاء ولا على حساب المصلحة العامة.

٣ - الإخلاء الجبرى وضرورة التوفيق بين مصالح ثلاثة.

المصلحة الأولى: مصلحة المنفذ ضده:

فالواقع من الأمر أن اللجوء إلى الإخلاء الجبرى يمس مصالح ثلاث يلزم التوفيق بينها. فهناك أولا بطبيعة الحال مصلحة المنفذ ضده والذى يعرضه الاخلاء الجبرى - خاصة إذا كان محله مسكنا - لأن يجد نفسه - هو وأسرته ومتاعه - فى الطريق العام بلا مأوى، وكفى بذلك مأساة اجتماعية. فهل يجب أن يقف النظام القانونى أمام هذه المأساة صامتا؟

(٧) أنظر فى ذلك ما قاله بعض أعضاء البرلمان الفرنسى بمناسبة مناقشة مشروع قانون اجراءات التنفيذ، وذلك لدى:
C. LARHER - LOYER, Juris - Classeurs Procedure civile, Fasc. 2400 "Expulsion", no 1.

(٨) أنظر فى هذا أيضا ما قاله بعض أعضاء البرلمان الفرنسى، لدى:
C. LARHER - LOYER, Op.Cit., No 1.

الواقع أن مراعاة جانب المدين يجب أن تبدأ مبكرة بحيث تحول بقدر الامكان دون نشوء الحق فى الاخلاء الجبرى. فإذا توجب هذا الحق رغم ذلك فيجب أن نضع تحت تصرف المدين ما يمكنه من توقى استعماله. فإذا لم يعد التوقى جائزا فليس معنى ذلك أن نترك المدين فريسة لصاحب الحق وإنما أن تتاح للمدين فسحة معقولة من الوقت يقوم خلالها بالبحث عن مكان بديل وبالإخلاء الاختيارى دون تدخل سلطة التنفيذ وما يصاحبها من القوة العامة. وحتى إذا انقضت المهلة ولم يتم الاخلاء اختيارا ولم يعد بد من أن تحل سلطة التنفيذ محل المدين وتقوم بالاخلاء الجبرى، فإنه ستظل – أو يجب أن تظل – لمتعلقات المدين حرمة توجب على سلطة التنفيذ الحفاظ عليها لحين تمكن المدين من استعادتها. وإذا كانت مهمة التنفيذ الجبرى ستستنفد عادة عند هذه المرحلة، إلا أن العمل على إعادة إيواء المدين سيظل هدفا يسعى إليه النظام القانونى ككل، إذ قد يسترد المنفذ ضده – عند وجود البديل – ما كان قد افتقده من اعتبار أو خسارة مادية بسبب الاخلاء.

ومتى أوضحنا ما تقدم تساءلنا ابتداء: إلى أن مدى كانت الاعتبارات السابقة حاضرة فى ذهن المشرع المصرى وهو ينظم الاخلاء الجبرى؟

أول ما نلحظه فى هذا الميدان هو غياب التنظيم التشريعى المتكامل للإخلاء الجبرى وللتنفيذ المباشر عموما. كل ما هنالك أنه يطبق فى شأنه القواعد العامة التى وردت فى الباب الأول من الكتاب الثانى من قانون المرافعات (٩). والمادة ٤٤ مكرر من القانون نفسه (١٠) كما أنه قد ورد

(٩) انظر: د. أبو الوفا، المرجع السابق، بند ١١، د. عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٣٨ هامش (٢).

=

بصدد الاخلاء الجبرى بعض نصوص متفرقة فى قوانين الايجار الاستثنائية المختلفة [١١].

فى ظل هذا الوضع، لن يكون مستغربا أن يخلو التنظيم القانونى من القواعد الكفيلة بمراعاة مصلحة المدين. صحيح أن من القواعد القائمة ما يحقق بعض الحماية خاصة على مستوى توقى الاخلاء الجبرى على نحو دائم[١٢] أو مؤقت[١٣]، إلا أن مساهمة المشرع قد توقفت – تقريبا – عند هذا الحد رغم حاجة المنفذ ضده المستمرة إلى رعاية المشرع.

= ويعنى ذلك تطبيق القواعد التى وردت بشأن قاضى التنفيذ، والسند التنفيذى وما يتصل به، والنفاذ المعجل، واشكالات التنفيذ، وذلك بشأن الاخلاء الجبرى وغيره من حالات التنفيذ المباشر.

ويلاحظ أن المواد التى وردت بشأن محل التنفيذ (المواد ٣٠٢ – ٣١١) وإن وردت ضمن القواعد العامة إلا أنها تخص فقط محل التنفيذ بالحجز بحيث لا يتصور مطلقا تطبيقها بصدد الاخلاء الجبرى أو التنفيذ المباشر عموما.

(١٠) وهى المادة التى أعطت للنيابة العامة سلطة اصدار قرارات وقتية تصلح سندا للاخلاء الجبرى، كما نظمت وقف تنفيذها.

(١١) وهى المادة ١٨ (ب)/٢ من قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. وهذه المادة تتعلق بدرأ تنفيذ الحكم المستعجل القاضى بطرد المستأجر لعدم الوفاء بالأجرة. وكذلك المواد ٦٣ و٦٤ و٦٥ من قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. وهذه المواد تتعلق بالقرار الادارى كسند للاخلاء وامكانية تنفيذه بالطريق الادارى.

(١٢) نقصد بذلك المادة ١٨ ب/٢ من قانون رقم ١٣٦ سابق الاشارة إليه. فهذه المادة – كما سوف نرى لاحقا (أنظر ما يلى: بند ٤٣ وما يليه) – تمنع تنفيذ سند الاخلاء عندما يكون حكما مستعجلا قضى بطرد المستأجر لعدم الوفاء بالأجرة، وذلك إذا ما قام المستأجر بالوفاء بالأجرة ولو عند التنفيذ.

(١٣) نقصد بذلك المادة ٣١٢ مرافعات والتى تسمح بتقديم طلب بوقف الاخلاء الجبرى وفى الحال بمجرد تقديم الطلب وذلك عندما يكون هذا الطلب طلبا أول أو فى حكم الطلب الأول، وبناء على صدور حكم بالوقف فى حالات أخرى. وكذلك المواد ٢٤٤ و٢٥١ و٢٩٢ مرافعات وكذلك ومن قبلهم المادة ٤٤ مكرر، والتى تسمح باصدار حكم بوقف التنفيذ – ولو كان هذا التنفيذ هو الاخلاء الجبرى – بناء على =

وهذا على عكس الحال فى التنظيم التشريعى الفرنسى الحديث للاخلاء الجبرى. فإذا كان القانون الفرنسى قد ظل غافلا عن تنظيم الاخلاء الجبرى فيما مضى، إلا أنه قد تنبه أخيرا إلى خطورة هذا الوضع، فراح ينظم هذا الإخلاء بقواعد تفصيلية تنطوى على قدر هائل من الضمانات التى تخفف إلى حد كبير من أوجه النقد التى يمكن توجيهها إلى الإخلاء الجبرى فى القرن العشرين (١٤). فسوف يتضح لنا خلال الدراسة مدى رعاية المشرع الفرنسى للمنفذ ضده فى مجال الاخلاء خاصة إذا كان محله مسكنا. وتبدأ هذه الرعاية مبكرة حيث يقصر القانون الاخلاء الجبرى على بعض السندات التنفيذية دون البعض الآخر قاصدا من وراء ذلك عدم جواز الاخلاء إلا بناء على سند يضمن الحق فى الاخلاء على نحو أكيد أكثر من غيره. وتتوالى الرعاية بعد ذلك متمثلة فى إعطاء المنفذ ضده عدة مهل يمتنع خلالها التنفيذ، وفى نفس الوقت تعد معقولة حيث تكفى عادة لكى يدبر المنفذ ضده خلالها أمره بالعثور على مكان بديل والقيام بالاخلاء الاختيارى. وحتى نضمن استفادة المنفذ ضده من هذه المهل أوجب المشرع اعلام المنفذ ضده بحقوقه فى هذا الشأن وفى غيره. وتستمر رعاية المشرع للمنفذ ضده أثناء مرحلة الاخلاء الجبرى عندما يصبح ذلك جائزا، فينظم وضع المنقولات التى قد توجد بالعين محل الاخلاء على نحو يكفل المحافظة عليها لحين قيام المنفذ ضده باستعادتها إن لم يتمكن من ذلك فى حينه، بل وقد تكون هذه المحافظة

= طلب يقدم لمحكمة الطعن أو التظلم فى سند الاخلاء. أنظر فى تفاصيل ذلك: ما يلى، بند ٥٢ وما يليه.

(١٤) أنظر ما سبق، بند ٢

على بعض هذه المنقولات مؤبدة. وبالاضافة إلى كل ما سبق حرص المشرع الفرنسى على إيواء المنفذ ضده فى مكان بديل مناسب.

وهكذا سعى المشرع الفرنسى إلى تحقيق رعاية للمدين فى مجال الإخلاء الجبرى تعبر عن التوجه الانسانى الذى يجب ألا يغفل عند أى تنظيم للتنفيذ الجبرى خاصة فى مجال الاخلاء للمساكن. مثل هذه الرعاية يفتقدها – كما قلنا – المنفذ ضده بالاخلاء فى القانون المصرى الى حد كبير. ولذلك يبدو لنا مستحسنا – بل وضروريا – الاسراع بتبنى التنظيم الفرنسى للمسألة فى معظم خطوطه.

ولكن هل يجب أن تكون الرعاية المزمع منحها للمنفذ ضده فى مجال الاخلاء على حساب الطرف الآخر فى التنفيذ وهو صاحب الحق فى الإخلاء؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال الفقرة التالية.

٤ – المصلحة الثانية : مصلحة صاحب الحق في الاخلاء

اذا كان تحمسنا لحماية المنفذ ضده في مجال الاخلاء الجبري له ما يبرره، إلا أن ذلك لايجب أن يصل الى الحد الذي يتعارض مع مصلحة صاحب الحق في الاخلاء، خاصة وأن هذه المصلحة الاخيرة ليس فقط أنها تكون مشروعة– فهذا أمر بديهي– وإنما أيضا لانها قد تفوق مصلحة المنفذ ضده. إذ يجب أن نضع موضعا متقدما في الذهن أننا أمام دائن يعد صاحب حق في الاخلاء الجبري ثابت بسند تنفيذى. مثل هذا الشخص لا يجب أن تقف الاعتبارات الانسانية أو الاجتماعية التى تدعو لحماية المدين حائلا دون حصوله على

حقـه ولو جبـرا وإلا لأصبح السنـد التنفيذى مجرد قصاصـة ورق لا حياة فيها (١٥). ثم إن هذا السند كثيرا ما يكون قضائيا، وبالتـالى لا يتمكن المحكوم له من الحصول عليه إلا بعد تحمل جهـة ومشقـة ونفقـات كثيرة، هـذا فضـلا عمـا يتحمله من عنت خصمه ومشاكسته (١٦). ولذلك يجـب التعجيـل بتمكين صـاحب الحق فـى الإخـلاء مـن التنفيـذ حتـى لا تتضاعـف المشقة وتـزداد النفقـات. صحيح أن نفقات التنفيذ يتحملها قانونا المنفذ ضـده، إلا أن مـا يحكم به فى هذا الصدد – على فرض قيام طالب الاخلاء بالمطالبة بها قضائيا – لا يتناسب البتـة مع النفقـات الفعـلية التـى يتحملهـا فـى النهايـة صـاحب الحـق. وأخيرا فان التوجـه الانسانى للقانون لا يجب أن ينحصر فقط فى المدين، فكم من صاحب حق فى الاخلاء أحوج إلى المكان من المنفذ ضده. خـذ مثلا حالة المالك الذى يضطر إلى أن يقيم لديـه أبنـه المتزوج واسرته فـى نفس الوقـت الذى يكون لديـه مكان آخر مستأجر واحتفظ به المستأجر مع سكن آخر بغـير مقتضى. فإذا حصل المؤجـر على حكم نهائى بـالاخلاء هـل يصـح أن يؤخـر القانون تمكينه من التنفيذ بحجـة رعـاية المنفذ ضده؟ لا شك أن الذى يحتـاج إلى هذه الرعاية والأولى بها فى هذا المثال هو طالب التنفيذ.

وهكـذا نخلص إلـى أن الأهداف الإنسانية التى قـد يسعـى المشرع إلـى تحقيقهـا لصـالح المديـن لا يجب أن تتجـاوز القـدر المعـقول فتطغـى علـى مصلحة الدائن. فلا يجب أن تصل الحمـايـة التى يراد منحـها للمدين إلى الحد الذى يحرم الدائن من الحق فى الاخلاء ولو كان المنفـذ ضـده حسن النيـة أو

(١٥) R. PERROT, Cours de voies d'execution, 1975, P. 3

(١٦) انظـر:
j. VINCENT, Voies d'execution et procedure de distribution, 13e ed, no 1.

كان المكان المراد إخلاؤه مسكنا للعائلة. كما لا يجب أن يكون توقى التنفيذ إلا على سبيل التأقيت ولمدة معقولة، وإذا كان ولابد من دوامه فبشرط زوال المخالفة التى استوجبت الاخلاء(١٧) وبشرط أيضا ألا تتكرر هذه المخالفة ثانية (١٨). وإذا توجب الاخلاء الجبرى وامتنع المنفذ ضده عن أخذ منقولاته، فإن المحافظة عليها لا يجب أن تثقل العبء على طالب التنفيذ وبحيث لا يكلف بالمحافظة عليها إلا لمدة معقولة (١٩). وإذا تم الاخلاء وعاد المنفذ ضده إلى شغل العين من جديد دون سند يعطيه الحق فى ذلك، فإن سند الاخلاء الأول يجب أن يظل صالحا لإجراء الاخلاء الجبرى من جديد(٢٠). وإذا كانت للمنفذ ضده حاجة إلى إيواء بديل، فإن تعذر ذلك لا يجب أن يقف حائلا دون اجراء الاخلاء خاصة بعد فوات المدة المعقولة التى تمنح له – أو يجب أن يتضمن النظام القانونى ما يكفل منحها – والتى كان عليه أن يدبر أمره خلالها (٢١).

---

(١٧) وهذا ما تبنته المشرع المصرى بالفعل حين سمح بدرء تنفيذ حكم الاخلاء – أو الطرد – الصادر من القضاء المستعجل بسبب عدم الوفاء بالاجرة إذا قام المستأجر وأوفى بالأجرة ولو عند التنفيذ. أنظر فى ذلك: ما يلى بند ٥ وما يليه.

(١٨) وهذا أيضا ما راعاه المشرع المصرى حين منع درأ تنفيذ الحكم المستعجل القاضى بالإخلاء عند تكرار الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالأجرة. أنظر ما يلى، بند ٥٦ وما يليه.

(١٩) وهذا ما راعاه المشرع الفرنسى فى تنظيمه لإجراءات الاخلاء الجبرى حيث لا يجوز تكليف طالب التنفيذ بأن تظل المنقولات لديه مودعة إلا لمدة شهر يجب نقلها بعد ذلك من عنده. أنظر ما يلى، بند ١٢٤.

(٢٠) وهو الحل الذى تبناه المشرع الفرنسى صراحة، ولكن الأخذ به فى القانون المصرى بوضعه الراهن غير جائز، وإن كان مستحسنا تبنيه. أنظر ما يلى، بند ١٣١ وما يليه.

(٢١) ولذلك رفض المشرع الفرنسى الإقتراح الذى كان ينادى به البعض من جعل إعادة التسكين المناسب شرطا لإجراء الاخلاء خاصة بالنسبة للمساكن. أنظر ما يلى هامش ١٦٠ ص ١٠٧.

وإذا كانت المصلحة المشروعة لصاحب الحق فى الاخلاء يجب أن تكون محل اعتبار فتحول دون الافراط فى منح الحماية للمنفذ ضده، فان المصلحة العامة تظهر أيضا على مسرح الإخلاء الجبرى، وتساهم بتواجدها فى ألا تصل درجة الحماية التى يجب تقنينها لصالح المنفذ ضده إلى حد "تدليله". يجب إذن ألا يغفل التنظيم القانونى للإخلاء الجبرى تواجد المصلحة العامة.

٥ - المصلحة الثالثة: الإخلاء الجبرى والمصلحة العامة

إن الاعتبارات التى يجب أن ينطلق منها أى تنظيم قانونى للإخلاء الجبرى تطوى بين جنباتها ليس فقط مصالح خاصة - متقابلة - لطرفى التنفيذ، وإنما أيضا مصلحة الغير. وهو ما يجعل لهذا التنظيم - عند تواجده - تعلقا بالمصلحة العامة وبالتالى بالنظام العام[٢٢].

ولشرح ذلك نقول أنه إذا كان الاخلاء الجبرى يواجه حالات مختلفة إلا أن أبرزها وأكثرها شيوعا من الناحية العملية هو إخلاء الأماكن المستأجرة بعد توافر سبب من أسباب إخلائها ووجود سند تنفيذى - عادة حكما - يقضى بذلك. وفى زمن اشتدت فيه أزمة الاسكان وضاق خناقها، لم يعد اهتمام المشرع منصبا على العلاقة بين المؤجر والمستأجر فحسب، وإنما يجب عليه أيضا مراعاة طائفة ثالثة غير المستأجرين وغير المؤجرين، هى

(٢٢) أنظر فى أنه إذا كان القصد من إجراءات التنفيذ صيانة مصلحة من قد تمسهم اجراءات التنفيذ من الغير، فان ذلك يجعل هذه الاجراءات متعلقة بالنظام العام: د. ابو الوفا، المرجع السابق، بند ١٣.

طائفة من تعوزهم المساكن (٢٣). فإذا مال التنظيم القانونى للإخلاء دائما نحو إرضاء المستأجرين فإن أصحاب رؤوس الأموال سوف يهربون من مجال البناء التأجيرى إلى البناء بقصد التمليك، وهو ما نشاهده واقعا فعلا فى الوقت الحاضر(٢٤)، ويعانى منه الجيل الجديد من طالبى المساكن. ولاشك أن تشجيع التأجير فى ظل ضائقة المساكن المتأزمة هو أمر يهم الصالح العام، وهو ما يستتبع بالتالى عدم الافراط فى حماية المستاجرين إذا ما توافر سند تنفيذى بالاخلاء، وهى النقطة التى تبدأ من عندها دراسة الاخلاء الجبرى.

٦ – نقص التشريع فى مجال الاخلاء الجبرى:

لم يرد ذكر لتعبير الإخلاء الجبرى أو حتى لتعبير التنفيذ المباشر عموما فى الكتاب الثانى من قانون المرافعات المصرى والخاص بالتنفيذ. فهل يعنى ذلك أنه طريق للتنفيذ يجهله القانون المصرى بحيث لا يجوز تحريك سلطة التنفيذ فى الدولة لإجرائه؟

الواقع أن التنفيذ المباشر هو ذاته التنفيذ العينى الذى يعرفه القانون المدنى (المواد ٢٠٥/٢، ٢٠٩، ٢١٢) والذى يعنى أن يجبر المدين على أداء عين ما التزم به من خلال قيام الدائن به على نفقة المدين. كما أن الباب الأول من كتاب التنفيذ (وهو الكتاب الثانى من قانون المرافعات) معنون باسم "احكام عامة" ولذلك فانه ينطبق على التنفيذ المباشر انطباقه على غيره من

---

(٢٣) د. أبو الوفا، التعليق على النصوص الاجرائية فى قانون إيجار الأماكن، منشأة المعارف، ١٩٨٧، ص ٤٠٣.

(٢٤) انظر فى هذه الملاحظة د. أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٤٠٧.

طرق التنفيذ وأهمها التنفيذ بالحجز ونزع الملكية. وعليه فان الاخلاء الجبرى بوصفه صورة من صور التنفيذ المباشر[٢٥] يعد محكوما بالأحكام العامة للتنفيذ وهى المتعلقة بقاضى التنفيذ ومعاونوه، والسند التنفيذى وما يتصل به، والنفاذ المعجل، وإشكالات التنفيذ[٢٦].

إلا أن هذه الأحكام ليست كافية لتكوين نظام قانونى متكامل للإخلاء الجبرى أو للتنفيذ المباشر عموما. فقد أهمل المشرع إهمالا تاما تنظيم اجراءات التنفيذ المباشر[٢٧]. وقد يرجع السبب في ذلك - على ما يبدو - إلى أن التنفيذ المباشر هو أداء المدين لعين ما التزم به، ولما كانت الالتزامات متعددة ولا يمكن أن تقع تحت حصر، كان من الصعب - إن لم يكن من المستحيل - وضع قواعد إجرائية موحدة للتنفيذ المباشر للالتزامات المختلفة.

واذا كنا نسلم بصحة هذا العذر وسلامة نتائجه، الا أنه ليس مانعا - فى نظرنا - من ايراد بعض الأحكام العامة باجراءات التنفيذ المباشر، مثل تحرير محضر بالاجراءات المتخذه والبيانات العامة الواجب ذكرها فيه وتبليغه وغير ذلك.

---

(٢٥) انظر ما سبق، بند ١.

(٢٦) ولقد كان منطقيا أن ينطبق على الاخلاء الجبرى الفصل الخامس الخاص بمحل التنفيذ لوروده ضمن الأحكام العامة، لولا أن استعراض النصوص الواردة فى هذا الفصل (المواد ٣٠٢ - ٣١١) يفصح بما لا يدع مجالا للشك فى أن المشرع لم يضع نصب عينيه سوى محل التنفيذ بالحجز دون غيره من طرق التنفيذ. أنظر فى محل التنفيذ بالإخلاء؛ ما يلى بند ٧٦ وما يليه.

(٢٧) انظر فى هذه الملاحظة: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٦.

والأهم من كل ذلك، أن هذا العذر لم يكن ليمنــع المشــرع مـن أنتقـاء أهـم حـالات التنفيذ المباشـر وتنظيم اجراءاتهـا تفصيـلا. ولعـل الاخـــلاء الجــبرى للأماكن هو أول المرشحين لذلك لشيوعه بالمقارنة لباقى حالات التنفيذ المباشر من ناحية، وللمشاكل الكثيرة التى يثيرها وتتطلب تنظيمـا اجرائيا مفصـلا لهـا من ناحية أخرى ، وهو ما سيتضح من خلال الدراسة.

وعلى عكس المشرع المصرى، فان المشرع الفرنسى قد حالفـه التوفيـق حين اتيحـت لـه فرصـة اصـلاح اجـراءات التنفيذ الجبرى بمقتضـى كـل مـن القانون الصـادر فى ٩ يوليو ١٩٩١ برقم ٩١ - ٦٥٠ والمرسوم الصــادر فـى ٣١ يوليو ١٩٩٢ برقم ٩٢ - ٧٥٥. فقد أفرد كل منهما موادا خاصـة بالاخلاء الجبرى باعتباره اكثر حـالات التنفيـذ المباشـر شـيوعا، وتـم تناولـه علـى نحـو يصدق معه القول بوجود تنظيم قانونى متكامل للاخلاء الجبرى واجراءاته فـى القانون الفرنســى. وهـو تنظيـم شـامل يبدأ مـن حيـث يجـب البدء وهـو السـند التنفيذى اللازم لنشأة الحق فى الاخــلاء الجبرى، وينتهـى حيث تنتهـى عمليـة الاخلاء بل وتوابعها حيث لم يفت على المشرع الفرنسى أن ينظـم حتـى حالـة عودة المنفذ ضده الى شغل العين التى تم اخلاؤه منها جبرا. وبيـن هـذا وذاك نظم المشرع الفرنسى مقدمات الاخلاء من تنبيه ومهلة - بل مهـل - واجـراء الاخلاء ومحضره ومصير المنقـولات وحتـى الاوراق والمستندات الشـخصية للمنفذ ضده، وهو ما سنتناوله خلال هذه الدراسة.

ولعل نجاح المشرع الفرنسى فى تنظيم قواعد الاخلاء الجبرى يعـد دافعـا للمشرع المصرى فـى اقتفـاء أثـر نظـيره الفرنسـى، وأن يتدخـل قريبـا ويضـع

قواعد نظيرة تلاءم أوضاعنا القانونية والاقتصادية والاجتماعية والتى قد تكون مختلفة على نحو أو آخر.

٧- أهميـة الدراسـة

ولقد كانت الحاجة الى تنظيم الاخلاء الجبرى رغـم خطورتـه هـى الدافـع الاساسى وراء اعداد هذا البحث. فالقواعد العامة للتنفيذ لا تنطبق علـى نحـو تلقائى فى مجـال الاخـلاء الجبرى، فسوف نجد أن بعض السندات التنفيذيـة المنصوص عليها فى المادة ٢٨٠ مرافعات والمذكورة ضمن الاحكام العامة لا تصلح - لسبب أولآخر - سندا للاخلاء الجبرى. كما سوف نجد أن توقـى الاخلاء من خلال اشكالات التنفيذ المنظمة فى المادة ٣١٢ مرافعات قد يثور حوله شك فى بعض حـالات الاخـلاء، أوبمعنـى أدق اذا كـان الاخـلاء يجـرى بمقتضى سندات معينة. ثـم ان مـن سندات الاخـلاء الاخرى مـا يمكـن توقـى تنفيذه بوسيلة لا يجوز اللجوء اليها اذا كان الاخلاء يجرى بسند آخر.

فاذا تساءلنا عن مقدمات الاخلاء، فسـوف نجد أنهـا هـى مقدمـات التنفيذ بصفة عامة. ولقد كان يمكن أن تنتهى المشكلة عند هذا الحد لـولا أن الدراسـة المقارنـة مـع الوضـع فـى القـانون الفرنسـى سوف تكشـف لنـا مـدى الحاجـة الىاستنباط أحكام جديدة خاصة بالاخلاء الجبرى.

فاذا حان الوقت بعد ذلك لمباشرة الاخلاء الجبرى فسـوف نصطـدم بخلـو التشريع المصرى تماما من الاجراءات الواجب اتباعها فى هـذا الصـدد، وهـو

النقص الذى تفاداه المشرع الفرنسى الحديث والذى نجد لزاما علينا استعراضه لعله يصادف اعتمادا تشريعيا مصريا فى وقت قريب.

٨- خطة الدراسة:

لن يقف خلو التشريع المصرى من تنظيم متكامل لقواعد الاخلاء الجبرى واجراءاته حائلا دون دراسة هذه الحالة من حالات التنفيذ المباشر فى اطار منهجى علمى. اذ لن تستعصى هذه الدراسة على التمشى مع خطة البحث التى يمكن اتباعها فى دراسة التنفيذ الجبرى عموما.

فاذا كانت دراسة التنفيذ الجبرى عموما يمكن أن تتم من خلال تقسيم يعتمد على التأكد من وجود الحق فى التنفيذ أولا، فاذا ما توافر هذا الحق أمكن تناول الاجراءات التنفيذية اللازمة لاجتناء ثمرته، فان دراسة الاخلاء الجبرى كصورة من صور التنفيذ الجبرى عموما يمكن ان تتم باتباع نفس الخطة. وعليه سوف تجرى خطتنا فى دراسة الاخلاء الجبرى فى قانون المرافعات على تقسيم البحث الى بابين:

الباب الأول: الحق فى الاخلاء الجبرى.

الباب الثانى: النظام الاجرائى للاخلاء الجبرى.

الباب الأول
الحق فى الاخلاء الجبرى

٩- تمهيد وتقسيم:

لا يكفى لنشأة الحق فى الاخلاء الجبرى أن يتوافر الحق الموضوعى فى الاخلاء. فالاخلاء الجبرى كغيره من طرق التنفيذ لا يجوز اجراؤه بغير سند تنفيذى. فهذا الأخير مفترض ضرورى للتنفيذ الجبرى[١] أيا كان. ويثور بهذه المناسبة التساؤل الآتى: لقد عددت المادة ٢٨٠ مرافعات السندات التنفيذية بصفة عامة، فهل يصلح أيا منها للاخلاء الجبرى؟ سوف يتضح لنا من خلال الدراسة أن الاخلاء الجبرى وان كان يمكن أن ينشأ الحق فيه من الناحية النظرية من توافر أى سند من السندات التنفيذية، الا أنه من الناحية الفعلية هناك سندات تنفيذية لا يتصور أن تتضمن الزاما باخلاء مما يقبل الاقتضاء الجبرى. دراسة الحق فى الاخلاء الجبرى يجب أن تبدأ اذن بدراسة سند الاخلاء.

على أن وجود الحق فى الاخلاء الجبرى لا يعنى بالضرورة أن المدين قد أصبح مغلوبا على أمره لا محالة وأنه لا مندوحة من التنفيذ. فقد حرص المشرع على اتاحة بعض السبل التى يمكن من خلالها توقى التنفيذ رغم نشأة الحق فيه ولو الى حين، فهناك من سندات الاخلاء ما يقبل درء تنفيذه اذاأزال المنفذ ضده سبب المخالفة التى استوجبت الاخلاء. وبجانب درء التنفيذ هنا – وهو وضع دائم – فان وقف التنفيذ يعد هو الآخر وسيلة – وإن كانت

(١) أنظر: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١٨.

مؤقتة ولكنها فى الوقت نفسه عامة – لتوقى الاخلاء الجبرى لبعض الوقت. توقى الاخلاء الجبرى من خلال هاتين الوسيلتين هو إذن الموضوع الواجب دراسته بعد السند التنفيذى.

والحق فى الاخلاء الجبرى لا يتصور وجوده بغير محل. لذلك يجب أن تكون لنا إطلالة على محل الاخلاء الجبرى.

وأخيرا فالحق فى الاخلاء الجبرى – كأى حق إجرائى – له أطراف يجب تحديدهم.

وهكذا سيكون بحثنا فى هذا الباب المخصص للحق فى الاخلاء الجبرى مقسما إلى الفصول الثلاثة الآتية:

الفصل الأول: سندات الاخلاء التنفيذية.

الفصل الثانى: توقى الاخلاء الجبرى.

الفصل الثالث: محل الاخلاء الجبرى وأطرافه.

الفصل الاول
سندات الاخلاء التنفيذية

١٠- طرح المشكلة:

ليس خافيا ما يرتبه التنفيذ الجبرى من آثار وخيمة على أموال المدين وسمعته ومركزه عموما القانونى أو الواقعى. فاذا انتقلنا من التعميم الى حيز التخصيص فان التنفيذ الجبرى ممثلا فى الاخلاء من عين يعنى اخراج واضع اليد منها، وكذلك اخراج متعلقاته ولو بوضعها على قارعة الطريق. وقد تكون هذه العين سكنا للمنفذ ضده واسرته، مما يعنى أن التنفيذ - فى ظل زمن تشتد فيه أزمة الاسكان - تشريد مأساوى.

لذلك فإن القانون لا يسمح بإجراء التنفيذ الجبرى إلا بناء على سند تنفيذى من بين تلك التى عددها. فالسند التنفيذى هو المصدر الوحيد للحق فى التنفيذ. ولقد كان تحديد المشرع للسندات التنفيذية مبنيا على أنها وحدها التى تتضمن تأكيدا قانونيا لوجود الحق أو على الأقل احتمالا قويا لوجوده،الأمر الذى يبرر تحريك سلطة التنفيذ فى الدولة لتقتضى للدائن حقه رغما عن إرادة خصمه.

ولم يكتف القانون بذلك، وإنما قيد الحق فى استعمال السند التنفيذى بضرورة توافر شروط معينة فى الحق المطلوب اقتضائه، وان يشهد السند التنفيذى بذاته على توافرها، وأن يأخذ السند التنفيذى شكلا معينا يسمى الصورة التنفيذية.

ولقد جسدت المادة ٢٨٠ مرافعات مصرى كل ما سبق حين جرت عباراتها على النحو التالى: "لا يجوز التنفيذ الجبرى إلا بسند تنفيذى اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء. والسندات التنفيذية هى الأحكام والأوامر والمحررات الموثقة ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة. ولا يجوز التنفيذ فى غير الأحوال المستثناه بنص فى القانون إلا بموجب صورة من السند التنفيذى عليها صيغة التنفيذ ...". كما أن المشرع الفرنسى قد رسم هو الآخر تنظيما مشابها فى هذا الصدد(٢).

١١ - والسؤال التى يطرح نفسه الآن على بساط البحث هو الآتى: إلى أى مدى يمكن أن يصدق التصور السابق فى مجال الاخلاء الجبرى؟ وبعبارة أخرى، هل يمكن لأى من السندات التنفيذية المختلفة التى اعترفت

---

(٢) فقانون ٩ يوليو ١٩٩١ رقم ٩١ - ٦٥٠ والمتعلق باصلاح اجراءات التنفيذ يشترط فى مادته الثانية أن يكون بيد الدائن سندا تنفيذيا يشهد على دين معين المقدار وحال الأداء.

Un titre executoire constatant une creance liquide et exigible.

حتى يمكنه اقتضاءه جبرا.

كما أنه يحدد فى مادته الثالثة السندات التنفيذية على سبيل الحصر بأنها: الأحكام والأوامر القضائية الصادرة عن القضاء العادى أو الادارى عندما تحوز القوة التنفيذية، والسندات والأحكام الأجنبية وكذلك أحكام المحكمين التى حازت القوة التنفيذية، ومحاضر الصلح، والمحررات الموثقة التى أخذت الصيغة التنفيذية، والسند المسلم بواسطة محضر العدالة huissier de justice فى حالة عدم الوفاء بشيك، والسندات المسلمة بواسطة أشخاص القانون العام، والقرارات التى يلحق بها القانون آثار الحكم القضائى.

Decision auxquelles la loi attache les effets d'un jugement.

بها المادة ٢٨٠ مرافعات أن تشكل أساسا لاتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى بالإخلاء؟

الواقع أنه لا يوجد فى التنظيم القانونى للتنفيذ الجبرى فى مصر ما يوجب اقتصار التنفيذ فى مجال معين على سند تنفيذى معين دون غيره. ولما كانت القاعدة فى التفسير هى أن المطلق يبقى على إطلاقه والعام على عمومه ما لم يرد نص يقيد فى هذا الاطلاق أو يخصص من ذلك العموم، فان أى سند من السندات المنصوص عليها فى المادة ٢٨٠ مرافعات يصلح من حيث المبدأ لكى يكون مصدرا للحق فى التنفيذ الجبرى بالأخلاء، وذلك على خلاف الحال فى القانون الفرنسى حيث يوجد نص خاص(٣).

(٣) نوفقا للمادة ٦١ من قانون ٩١ - ٦٥٠ سابق الاشارة اليه، فانه لا يجوز الاخلاء من العقار أو المكان المسكون إلا بمقتضى قرار قضائى أو محضر صلح.

"... l'expulsion ou l'evacuation d'un immeuble ou d'un lieu habite ne peut etre poursuivie qu'en vertu d'un decision de justice ou d'un proces - verbal de conciliation executoire".

صحيح أن الفقه يعطى لمصطلح القرار القضائى une decision de justice الوارد فى هذه المادة معنى واسعا بحيث ينطبق على أحكام القضاء الفرنسى أيا كان هذا القضاء عاديا كان أم اداريا، موضوعيا كان أم مستعجلا بل وكذلك على أحكام القضاء الأجنبى ما دامت قد أخذت أمرا بالتنفيذ، وصحيح أنه يعطى أيضا لمصطلح محضر الصلح un proces - verbal de conciliation معنى واسعا بحيث ينطبق بصرف النظر عن أصل النزاع الذى أدى إلى تحرير هذا المحضر ولو كان مسألة الطلاق مثلا، إلا أن إيجاد المشرع لهذا النص فى موضوع الاخلاء يعنى ارادة استبعاد السندات التنفيذية الأخرى التى أشارت إليها المادة ٣ من القانون المذكور والتى تعدد السندات التنفيذية عموما. وبناء عليه لا يجوز الاخلاء من عقار أو مكان مسكون فى فرنسا بناء على محرر موثق مثلا.

ولا يؤثر على المبدأ السابق ما تنص عليه المادة ٦١ سالفة الذكر من أن قصر الإخلاء على القرار القضائى أو محضر الصلح مشروط بعدم وجود نص خاص، حيث أنها قد استهلت بعبارة "Sauf disposition speciale,..." فالرأى منعقد أنه لا يوجد مجال يسمح للقارئ بأن يكون فكرة محددة عن النصوص الخاصة التى هذا المعنى، كما أن هنالك أن ممثل الحكومة قد أشار - عند عرض =

على أن هذا التصور وإن أصاب من حيث الأصل، الا أنه من الناحية الفعلية لن يصدق فى اطلاقه. فلسبب أو لآخر سوف تستبعد من نطاق الإخلاء فى مصر بعض السندات التنفيذية بحيث لا يبقى صالحا فى هذا المجال سوى الاحكام القضائية ومحاضر الصلح. وفى نفس الوقت سوف يضاف الى ذلك سندات اخرى اعطاها القانون صفة السند التنفيذى فى مجال الاخلاء، مثل أوامر النيابة العامة وبعض القرارات الادارية.

١٢- ومتى سنفرغ من تحديد السندات التنفيذية التى تصلح للاخلاء الجبرى بعد استبعاد تلك التى لا تصلح لذلك، فان مشكلة أخرى قد تطرح نفسها على بساط الحق فى الاخلاء. هذه المشكلة تتمثل فى الفرض الذى يعود فيه المنفذ ضده الى شغل العين التى تم اخلاؤه منها ودون أن يستند فى ذلك الى حق قانوني. ولا شك فى أن للدائن الحق فى اخلائه ثانية. ولكن هل يستطيع الدائن ذلك جبرا من خلال سند الاخلاء الذى اعطاه الحق فى الاخلاء الجبرى أول مرة أم لابد من الحصول على سند جديد؟ دراسة الحق فى الاخلاء الجبرى تقتضى اذن التعرض للسند التنفيذى اللازم لمعاودة الاخلاء.

= مشروع القانون أمام البرلمان - إلى أن الفرض المعنى هو القرار الادارى الذى يفيد بوجود حالة خطر "arrete de peril" تستدعى الاخلاء الفورى.
أنظر فى كل ما سبق:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 7 et s.

ورغم ذلك يجدر التنبيه بأنه اذا كان يبدو من جماع ما تقدم أن المشرعين المصرى والفرنسى لا يعالجان المسألة على وتيرة واحدة، الا أنه من الناحية العملية سوف نجد أن نواحى الاختلاف بينهما ضيقة للغاية، ان لم نقل أنها منعدمة. ولسوف يتضح لنا ذلك حالا فى المتن.

وهكذا سينصب بحثنا فى هذا الفصل على دراسة المسائل الآتية كل فى مبحث مستقل:

المبحث الأول: استبعاد بعض السندات التنفيذية من مجال الاخلاء.

المبحث الثانى: سندات تنفيذية تصلح للاخلاء.

المبحث الثالث: السند التنفيذى عند تكرار الاخلاء.

المبحث الأول
استبعاد بعض السندات التنفيذية من مجال الاخلاء

١٣- تمهيد:

نبدأ ونذكر بأن نقطة الانطلاق التى يجب الرحيل منها لمعرفة السندات التى تستبعد من نطاق الاخلاء لا تتحدد فى مصر من خلال قاعدة تشريعية خاصة تعين سندات الاخلاء تعيينا حصريا. ولكن من ناحية اخرى، فانه يجب أن نضع موضعا متقدما فى الذهن أن توافر السند التنفيذى وان أنشأ الحق فى التنفيذ الا أنه لا يسمح بذاته باستعمال هذا الحق. فذات الحق الذى يجرى التنفيذ اقتضاء له يجب ان يستجمع عدة شروط هى أن يكون محقق الوجود ومعين المقدار وحال الاداء، كما يجب ان يشهد السند التنفيذى ذاته على توافرها(٤). والواقع من الأمر أنه فى مجال الاخلاء نجد ان تخلف هذه

(٤) لذلك فهذه الشروط تعد شروطا موضوعية أيضا فى السند التنفيذى، وذلك بالمقابلة لشرط شكلى يتعلق به هو الآخر وهو أن يكون السند عليه الصيغة التنفيذية، أى أن يأخذ شكل الصورة التنفيذية. على أننا نستبعد هذا الشرط الشكلى من مجال بحثنا لأنه لن يكون المعول فى استبعاد بعض السندات من مجال التنفيذ الجبرى. بعبارة أخرى فنحن نفترض توافره دائما.

الشروط عادة فى بعض السندات التنفيذية مثل المحررات الموثقة يجعل هذه الاخيرة مستبعدة من هذا المجال.

هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية فان طبيعة الاخلاء كجزاء خطير على مخالفة قاعدة قانونية تستتبع ألا يكون هذا الجزاء محلا لبعض السندات التنفيذية مثل الاوامر على عرائض أو احكام المحكمين.

وهكذا يتضح لنا ابتداء ان هناك فى نظرية التنفيذ ما يحول أحيانا دون نشوء سند تنفيذى بالاخلاء، أو دون نشوء الحق فى استعماله. على أن نطاق التسليم بذلك وسند شرعيته يحتاج الى مزيد من الايضاح.

المطلب الأول
سندات تنفيذية لا تتوافر فيها شروط
الاقتضاء الجبرى للحق فى الاخلاء
(المحررات الموثقة)

١٤- تعتبر المحررات الوثقة من بين السندات التنفيذية التى تذكرها المادة ٢٨٠ مرافعات عموما(٥). وهى من السندات واجبة التنفيذ بذاتها بغير حاجة الى دعوى واستصدار حكم بالحق الثابت فيها(٦). وقد يتم ابرام ايجار سكن فى عقد موثق ويتفق فيه على اخلاء المستأجر اذا أخل بأحد بنود العقد كالبند الخاص بالوفاء با لاجرة مثلا، ثم يحدث أن يقع بالفعل هذا الاخلاء.ويثور التساؤل عما اذا كان يمكن أن نتصور تنفيذا جبريا صحيحا بمقتضى هذا العقد أم لا(٧).

١٥- ليس من الصعب أن نلاحظ فى هذا الصدد انه اذا كان هذا التصور مقبولا من الناحية النظرية، الا أنه عادة - ان لم يكن دائما- ما يصطدم بعقبات عملية من العسير تجاوزها. اذ نلاحظ ان شرط تحقق الوجود وهو

---

(٥) أنظر فى المقصود بهذه المحررات والتمييز بينها وبين ما يختلط بها من المحررات الرسمية الأخرى أو المحررات المسجلة أو المصدق على تاريخها أو على التوقيع الثابت فيها: المراجع العامة فى التنفيذ، ومن بينها للمؤلف، قانون التنفيذ الجبرى، ١٩٩١، ص ٩١ وما بعدها.

(٦) د. أبو الوفا، المرجع السابق، بند ٩٢، د. نبيل عمر، المرجع السابق، بند ٦٣.

(٧) أنظر فى أن القانون الإيطالى يتطلب أن يكون محل الالتزام فى المحرر الموثق مبلغا من النقود: د. وجدى راغب، المرجع السابق، ص ١٣١ هامش (١). ويترتب على ذلك - فى رأينا - استبعاد المحررات الموثقة عند المشرع الايطالى من مجال الاخلاء الجبرى بطبيعة الحال.

الواجب توافره في الحق الذي يجرى التنفيذ لاقتضائه – اي الاخلاء – لا يتوافر عادة في عقد الايجار الموثق.

ذلك لأن الحق يكون محقق الوجود عندما يكون وجوده مؤكدا غير متنازع فيه(٨). وهو لا يكون كذلك اذا كانت المخالفة الموجبة لجزاء الاخلاء متنازعا على وقوعها(٩). وهذا ما يحدث من جانب المستأجر عادة. فعقد الايجار الموثق وإن أكد وجود الحق في الاخلاء عند حدوث اخلال الا انه لم يؤكد وجود هذا الاخلال في الواقع وينعدم بالتالي شرط من الشروط الواجب توافرها – وهو شرط تحقق الوجود – في السند التنفيذي لجواز التنفيذ بموجبه(١٠)، وهو انعدام للسند التنفيذي ذاته(١١).

---

(٨) د. أبو الوفا، المرجع السابق، بند ١٠٧، د. أحمد هندى، التنفيذ الجبرى، ١٩٩٢، بند ١٧.

(٩) قارب: د. أبو الوفا، المرجع السابق، بند ١٠٧، حيث يعتبر شرط تحقق الوجود منتفيا وبالتالى لا يجوز التنفيذ بمقتضى عقد رسمي لاستيفاء مبلغ قرره شرط جزائى وارد فيه إذا كانت المخالفة الموجبة للجزاء متنازعا على وقوعها أو على قدر ما وقع منها.

(١٠) قارب: مستعجل مصر جلسة ١٩٣٥/١٠/١٩ – المحاماه – السنة ١٦ ص ٢١١ (مشار اليه لدى: د. محمد ابراهيم، أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى، ١٩٨٣، دار الفكر العربى، ص ٤٤)، حيث قضى بأن التعويضات المنصوص عليها في عقد الايجار الرسمى لا يجوز التنفيذ بها بواسطة العقد ولو كان التعويض مؤيدا بتقرير خبير ومنصوص في العقد على أن التعويض يقدره الخبير بغير تصديق المحكمة. إذ أنه لا يؤخذ بتقرير الخبير دون أن يطرح على المحكمة لمناقشة ومعرفة ما إذا كان المدعى مستحقا تعويضا أم لا، ومقدار هذا التعويض .. ومن ثم يكون دين المدعى غير محقق الوجود ولا معلوم المقدار.

(١١) قارب: نقض مدنى ١٥ /١٩٧٨/٣؛ مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ جـ ١ الطعن رقم ٣٤٣ س ٤٤ ق، ص ٧٤٦ إلى ٧٥٠ (مشار إليه لدى: د. محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٧ هامش ١) وفيه قررت محكمة النقض أنه إذا كان الحق المحجوز وفاء له غير محقق الوجود فإنه يتخلف بذلك السند التنفيذى لاقتضائه.

١٦- على أن هذا الاعتبار العملى الذى بنيناعليه انعدام المحرر الموثق كسند للاخلاء، لا يعنى أنه يشكل دائما عقبة كأداء. فالمقرر[١٢] أنه اذا نازع المدين فى الحق فلا يمكن أن تكون له الكلمة الاخيرة فى هذا الشأن، وانما يجب أن يكون نزاعه جديا يثير الشك فى وجود الحق، ولا يكون النزاع جديا اذا كان بيد الدائن الدليل الحاضر عليه. على أن هذا الدليل يجب ان يصلح لكى يكون مكملا للسند التنفيذى - وهو فى حالتنا هذه المحرر الموثق - بأن يكون سندا تنفيذيا هو الآخر أو حتى سندا عرفيا. على انه يجب فى هذه الحالة الاخيرة ان يكون السند الاصلى قد تضمن اشارة واضحة بالنسبة للسند المكمل وأن تكون هذه الاشارة فى وقت التكوين[١٣].

وليس بمستغرب من الناحية العملية أن يتواجد عقد ايجار موثق يلزم المستأجر بالاخلاء عند عدم الوفاء بالاجرة أو تأجير المكان من الباطن أواستعماله بطريقة تخالف شروط الايجار المعقولة أو بطريقة ضارة بالصحة أو مقلقة للراحة أومنافية للآداب، ثم يحدث ان يتوافر سبب من هذه الاسباب المنشأة للحق فى الاخلاء ويحصل المؤجر على حكم قضائى بوقوع المخالفة، كأن يحصل على حكم نهائى باثبات عدم الوفاء بالاجرة أو حتى بوجوب الوفاء بها، أوباثبات استعمال المستأجر للمكان بطريقة ضارة. فى مثل هذه الاحوال سوف يكون الحكم النهائى المثبت لوقوع المخالفة مانعا من إثارة الشك حول وجود الحق فى الاخلاء. وهنا فقط يمكن القول - فى ظل هذه الظروف

---

(١٢) انظر: د. أبو الوفا، المرجع السابق، بند ١٠٧.

(١٣) انظر فى ضرورة عدم التقيد "بمادية" السند وانه يجوز أن يكمل السند بسند آخر وفق شروط: د. محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٤٢ وما بعدها.

وبالاستناد إلى فكرة السند المكمل - بأن المحرر الموثق يصلح لكى يكون سندا لإخلاء المستأجر بالقوة الجبرية.

المطلب الثانى
سندات تنفيذية لا تتضمن أصلا الالزام بإخلاء

§ ١ - الأوامر على عرائض:

١٧ - بجانب الأعمال القضائية التى يباشرها القضاء من خلال "الأحكام" القضائية عادة، فان الحماية القضائية قد تتم مباشرتها ايضا فى صورة أعمال ولائية من خلال "الأوامر على عرائض" عادة[١٤]. وقد ذكرت المادة ٢٨٠ مرافعات "الأوامر" من بين السندات التنفيذية[١٥]. ولكن هل معنى ذلك أنه من المتصور أن الأمر على عريضة يصلح قانونا لكى يكون سندا تنفيذيا لاخلاء العين من شاغلها؟

(١٤) ليس هنا - بالطبع - مكان المعالجة التفصيلية أو حتى المختصرة للنظام الإجرائى للأوامر على عرائض فمحل ذلك هو المراجع العامة والمتخصصة. أنظر فى ذلك على سبيل المثال: د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ١٩٩٣، دار النهضة العربية، بند ٨١٤ وما يليه، ص ٨٥٠ وما يليها، د. نبيل عمر، الأوامر على عرائض، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

(١٥) والاتفاق على أن اصطلاح "الأوامر" الوارد فى هذه المادة ينطبق ليس فقط على الأوامر على عرائض وانما أيضا على أوامر الأداء. على أننا لن نطرح مشكلة مدى صلاحية الأوامر لكى تكون سندات تنفيذية بالاخلاء إلا بالنسبة لتلك التى على عرائض فقط. أما أوامر الأداء - والتى نظمها المشرع فى المواد ٢٠١ إلى ٢١٠ مرافعات - فإن محلها يقتصر على حق تتوافر فيه شروط بعينها منها أن يكون مبلغا من النقود أو منقولا معينا بذاته أو بنوعه ومقداره، وبالتالى لا تثور أدنى شبهة فى أنها لا يمكن قانونا أن تكون سندا لإخلاء مكان.

١٨- الواقع أن نظام الاوامر على عرائض بمقوماته التى حددها المشرع ليس بقادر على ان يولد سندا تنفيذيا بالأخلاء. فوفقا للمادة ١٩٤ مرافعات(١٦). يجوز استصدار أمر على عريضة فقط "فى الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه فى استصدار أمر...". وهذه الاحوال قد وردت فى نصوص متفرقة سواء فى مجموعة المرافعات، أو فى غيرها. ومن أمثلتها الأمر بانقاص ميعاد التكليف بالحضور، والأمر باجراء الاعلان أو التنفيذ فى غير الاوقات الجائز الاعلان أو التنفيذ فيها، والأمر بتوقيع حجز تحفظى. المهم أن الاخلاء ليس من بين هذه الاحوال. وباعتبار أن نظام الاوامر على عرائض يعد استثناء فى مجال الحصول على الحماية القضائية والتى تتم أصلا فى صورة اعمال قضائية تباشر من خلال "الأحكام"، فان تطبيقه سيقتصر على الحالات التى ورد بها نص خاص، مما يعنى استبعاد الاخلاء من هذا المجال. فاذا فرض أن قدمت عريضة لاستصدار أمرعليها باخلاء المستأجر مثلا من العين المؤجرة لعدم الوفاء بالاجرة فان مصيرها المؤكد وفق صحيح القانون هو الرفض. واذا كان يكفى فى اعتماد هذه النتيجة الاستناد الى أن الاخلاء ليس من الاحوال التى ينص فيها القانون على امكان استصدار أمر على عريضة، فانه يمكن أن نضيف الى ذلك أيضا أن الاوامر على عرائض باعتبارها عملا ولائيا فهو لا يفترض خصمين(١٧)، بينما الاخلاء يتطلبهما قطعا. ولذلك فحتى لو كانت حالات استصدار الأوامر على العرائض ليست محددة - كما كان حال مجموعة المرافعات قبل تعديلها

(١٦) والمعدلة بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٩٢.
(١٧) انظر فى ذلك: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١٧ ص ٣٩.

الاخير – فانه لن يتوافر المبرر الذى يمكن أن يدخل الاخلاء تحت مظلة نظام الأوامر على عرائض(١٨).

§ ٢– احكام المحكمين:

١٩– تعتبر احكام المحكمين من بين السندات التنفيذية التى عددتها المادة ٢٨٠ مرافعات. فتعبير "الاحكام" الوارد فى هذه المادة من العموم بحيث انه كما ينصرف بالطبع الى احكام القضاء العام فانه ينصرف ايضا الى أحكام المحكمين(١٩). كل ما هنالك ان حكم المحكم لا يعتبر سندا تنفيذا الا بصدور أمر من القضاء يعطيه هذه القوة يسمى أمر التنفيذ(٢٠).

ولذلك يبدو لنا طبيعيا أن نتساءل: هل يصح الاخلاء بمقتضى سند تنفيذى هو عبارة عن حكم محكم؟(٢١).

---

(١٨) على أنه إذا حدث واسيئت السلطة فى اصدار الأوامر على عرائض فصدر أمر على عريضة بالاخلاء فإنه سيكون باطلا. ولكن إلى أن يحكم بابطاله سوف يكون سندا تنفيذيا خاصة وأن الأمر على عريضة يصدر مشمولا بالنفاذ المعجل وبقوة القانون (مادة ٢٨٨ مرافعات). على أن ما سيخفف من حدة المشكلة – على فرض وقوعها وهو ما لم يحدث حسب علمنا – أنه يمكن للمنفذ ضده أن يوقف التنفيذ بمجرد تقديمه لطلب بوقفه استنادا إلى المادة ٣١٢ مرافعات. أنظر فى نظام وقف التنفيذ فى مواد الإخلاء، ما يلى بند ٦٠ وما يليه.

(١٩) أنظر فى دراسة تفصيلية للتحكيم، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

(٢٠) فالمادة ٩٠٥ من قانون المرافعات تنص على أنه "لا يكون حكم المحكمين قابلا للتنفيذ إلا بأمر يصدره قاضى التنفيذ ...".

(٢١) تجدر الاشارة إلى أن التحكيم فى مصر – فى الأصل – على نوعين اختيارى وإجبارى. والتحكيم الاجبارى هو تحكيم منازعات القطاع العام ونظمه القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ والخاص بهيئات القطاع العام وشركاته، وذلك فى المواد من ٥٦ إلى ٦٩ منه. ولكن بصدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال انتهى كل وجود لنظام التحكيم الاجبارى فى منازعات القطاع العام (عدا الطلبات التى قدمت قبل تاريخ العمل بهذا القانون). أنظر فى أثر قانون قطاع

=

٢٠- يبدو لنا أن نقطة الانطلاق التى يجب الرحيل منها للاجابة التى يجب اعطاؤها لهذا التساؤل تتحدد من خلال قاعدة أن حكم المحكم ليس له وحده قوة تنفيذية وانه لا يعتبر سندا تنفيذيا الا بصدور أمر بتنفيذه. هذا الأمر بالتنفيذ، كما تقول المادة ٥٠٩ مرافعات "يصدره قاضى التنفيذ بالمحكمة التى أودع أصل الحكم قلم كتابها بناء على طلب أى من ذوى الشأن، وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم وبعد التثبت من أنه لا يوجد ما يمنع من تنفيذه".

فاذا تمت مراعاة هذه القاعدة على نحو سليم، فان النتيجة الحتمية لذلك هى أن حكم المحكم لن يستكمل مقومات السند التنفيذى فى معظم الاحوال، لانه لن يصدر الأمر بتنفيذه. ذلك لأن مسألة الاخلاء لا تثور فى الاعم الاغلب من الحالات الا بمناسبة الاماكن المستأجرة، وهى فى هذه الظروف تعد متعلقة بالنظام العام[٢٢]. ولما كانت المادة ٤/٥٠١ مرافعات تنص على أنه

= الأعمال على انحسار تحكيم القطاع العام: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٤٦٠ ص ٩٤٢ ص ٩٤٢ وما بعدها.
يبقى بعد ذلك التحكيم الاختيارى، وهو محل التساؤل فى إطار هذه الدراسة. وهو يعنى الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين arbitres ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به. ويكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر فى صلبه ويسمى شرط التحكيم clause compromissoire، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى فى هذه الحالة مشارطة التحكيم Compromis".
أنظر فى هذا التعريف: د. أبو الوفا، المرجع السابق، بند ١.

(٢٢) د. أبو الوفا، التعليق على قانون إيجار الأماكن، سابق الاشارة إليه، ص ٣٢٦.
ومما يؤيد ذلك نص المادة ٢٥ من قانون ايجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ (والذى نظم أسباب الاخلاء) والتى تقضى ببطلان كل شرط أو تعاقد يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو القوانين السابقة له المنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجر. وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد الاستثنائية المقررة فى قوانين الايجار =

".. لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح.." وكانت المادة ٥٥١ مدنى تتولى بيان هذه الاحوال التى لا يجوز فيها الصلح وتذكر من بينها تلك المتعلقة بالنظام العام(٢٣)، فان حاصل ما تقدم هو أنه لا يجوز التحكيم فى المنازعة المتعلقة بتنفيذ أو فسخ عقد ايجار الاماكن وبالتالى لا يجوز الاعتراف بحكم محكم يقضى بالاخلاء. فاذا فرض وتم الاتفاق على التحكيم وصدر بالفعل حكم محكم قضى بالاخلاء، فان فرصة حصوله على أمربالتنفيذ تكاد تكون معدومة. اذ أن قاضى التنفيذ المنوط به اصدار هذا الأمر سوف يمتنع عن اصداره نظرا لأن هناك ما يمنع اصداره وهو وجود سبب من اسباب الابطال. اذ أن التحكيم قد انصب على مسألة لا يجوز فيها الصلح وبالتالى التحكيم. فلأن حكم المحكم ايا كان محله لا يكون سندا تنفيذيا الا بعد حصوله على أمر بالتنفيذ، فان حكم المحكم بالاخلاء لن يحصل وفقا لصحيح تطبيق القانون على هذا الأمر، ولن يستجمع بالتالى مقومات السند التنفيذى(٢٤).

= المتعاقبة متعلقة بالنظام العام. أنظر فى بعض الأحكام التى صدرت عنها فى هذا الصدد مذكورة لدى: د. أبو الوفا، نفس المرجع، ص ٧٨.

(٢٣) ويجرى نص المادة ٥٥١ مدنى كما يلى: "لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام. ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية، أو التى تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم".

(٢٤) ومما يعين على عدم إصدار أمر بالتنفيذ فى هذه الظروف أن البطلان الذى يمنع من اصدار أمر التنفيذ هنا إنما هو مقرر للمصلحة العامة، وبالتالى لا يشترط للاعتداد به أن يتمسك به أحد الخصوم، وانما يمكن - بل يجب - أن يتصدى له القاضى من تلقاء نفسه، خاصة وأنه يمكن اكتشافه من مجرد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم واللذان يكونان دائما مودعين لدى قلم كتاب المحكمة.

٢١- على أنه يبقى لنا على هذا التخريج تحفظان:

الأول هو انه اذا فرض وصدر أمر بتنفيذ حكم محكم بالاخلاء من المكان المستأجر، فسوف تكون امام سند تنفيذى يلتزم المحضر بتنفيذه اذا كان بيد المؤجر الصورة التنفيذية له. صحيح ان هذا السند قابل للالغاء من خلال دعوى البطلان المنصوص عليها فى المادة ٥١٢ مرافعات[٢٥].الا أنه ليس لسلطة التنفيذ التعرض لحجية حكم المحكم – وهو حكم على أية حال – وليس لها الامتناع عن تنفيذه ما دام أنه قد استجمع مقومات السند التنفيذى. اذ لا يجب أن يغيب عن البال قاعدة ان السند التنفيذى مفترض ضرورى وكاف للتنفيذ الجبرى[٢٦]. على انه مما يقلل من الآثار الوخيمة للتنفيذ القابل للابطال فى هذه الحالة ان "يترتب على رفع الدعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه.." (مادة ٣/٥١٣ مرافعات).

أما التحفظ الثانى فهو يفترض أن حكم المحكم قد صدر باخلاء من مكان وكان التحكيم جائزا لعدم تعلقه بالنظام العام، كما لو صدر مثلا باخلاء من أرض فضاء. فى هذه الحالة – وعلى فرض توافر باقى الشروط – فانه لا مانع من اصدار أمر بالتنفيذ، ويكون التنفيذ المستند الى صورة تنفيذية من حكم المحكم – والذى صدر أمر بتنفيذه – صحيحا.

(٢٥) والتى تذكر مخالفة الفقرة الرابعة من المادة ٥٠١ (وهى الخاصة بعدم جواز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح) كحالة من الحالات التى يجوز فيها طلب بطلان حكم المحكمين.

(٢٦) أنظر فى هذه القاعدة، د. فتحى والى، التنفيذ الجبرى، سابق الاشارة إليه، بند ١٨.

§ ٣- محاضر الصلح التى تصدق عليها مجالس الصلح:

٢٢- تعتبر هذه المحاضر ضمن السندات التنفيذية التى عددتها المادة ٢٨٠ مرافعات. كما اكدت نفس المعنى ايضا المادة ٦٤ والتى تكفلت برسم حدود اختصاص مجالس الصلح وتشكيلها وبيان أنه اذا تم الصلح "أعد بذلك محضرا تكون له قوة السندات واجبة التنفيذ". وقد يوحى ذلك لأول وهلة بأنه من الجائز أن يجرى تنفيذ باخلاء ابتدأ من سند تنفيذى هو محضر صلح مصدق عليه من مجلس صلح.

٢٣- على أنه يجب أن نسارع الى تبديد هذا الوهم وذلك بالاستناد الى حجتين قد يكفى توافر إحداهما.

أما الحجة الاولى فتتمثل فى أنه لم يصدر بعد القرار اللازم لإدخال النصوص الخاصة بمجالس الصلح حيز التنفيذ، ولذلك لم يعمل بها حتى الآن[٢٧].

وأما الحجة الثانية فتتمثل فى انه حتى بعد ان توضع مجالس الصلح موضع التنفيذ، فان مسألة الاخلاء سوف تكون فى الاعم الاغلب من الاحوال مستبعدة عن هذه المجالس. ذلك لأن اختصاص هذه المجالس محدود بالدعاوى الجزئية، بل أنه حتى بالنسبة لهذه الدعاوى فان الاختصاص لا يتناول منها تلك التى لا يجوز فيها الصلح والدعاوى المستعجلة[٢٨]. مثل هذا الاختصاص

---

(٢٧) فوفقا للقرار الجمهورى رقم ١١٧٣ لسنة ١٩٦٨ بتنظيم مجالس الصلح يكون تشكيل مجالس الصلح بقرار من وزير العدل، إلا أنه لم تصدر أية قرارات بذلك حتى الآن.

(٢٨) بالاضافة إلى منازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بأوامر الأداء. انظر فى حدود اختصاص هذه المجالس المادة ٦٤/١ مرافعات.

لا يتمشى مع دعاوى الاخلاء. فهى من ناحية تعد غير مقدرة القيمة وبالتالى ليست من الدعاوى الجزئية وانما هى من اختصاص المحاكم الابتدائية[٢٩]، وهى من ناحية اضافية لا يجوز فيها الصلح عادة[٣٠] وبالتالى لا تدخل فى اختصاص مجالس الصلح بصريح النص. ولذلك فحتى لو كانت دعوى الاخلاء قد أخذت ثوب دعوى الطرد المستعجلة[٣١] وتكون بالتالى من الدعاوى الجزئية – حيث أن قاضى الامور المستعجلة يعد فى مستوى المحكمة الجزئية[٣٢] – فانها ستظل رغم ذلك خارجة عن نطاق اختصاص مجالس الصلح بصريح النص. فلأن الدعاوى الخاصة بالاخلاء اما انها من بين الدعاوى الداخلة فى اختصاص المحاكم الابتدائية واما أنها من الدعاوى التى لا يجوز فيها الصلح، واما انها من الدعاوى المستعجلة، فانها لن تعرض على مجالس الصلح على فرض وجودها وبالتالى لن يتصور فى صحيح تطبيق القانون ان يصدر محضر صلح مصدق عليه من مجلس صلح قاضيا بالاخلاء[٣٣].

---

(٢٩) أنظر فى أن دعوى المؤجر بإخلاء المستأجر للتخلف عن الوفاء بالأجرة هى دعوى بفسخ عقد الايجار، والدعوى بطلب فسخ أو امتداد عقد الايجار الخاضع لقوانين ايجار الأماكن غير مقدرة القيمة: نقض ١٩٧٣/٣/٢٧ – ٢٤ – ٤٩٩ ونقض ١٩٧٦/٥/١٢ الطعن رقم ٣٢٩ سنة ٤١ ق ونقض ١٩٧٦/٦/٢٣ الطعن رقم ٧٥٨ سنة ٤٢ ق ونقض ١٩٧٧/٦/١ الطعن رقم ٧٤٠ سنة ٤٣ ق، وكذلك الحال بالنسبة لدعوى الاخلاء بسبب التأجير من الباطن بغير اذن المؤجر: نقض ١٩٧/١١/١٧ الطعن رقم ٦٥٣ سنة ٤٢ ق (هذه الأحكام مشار اليها لدى: د. أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٤٢ وص ١٤٣.

(٣٠) أنظر ما سبق بند ٢٠.

(٣١) أنظر ما يلى بند ٢٨.

(٣٢) محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السابعة ١٩٨٥، عالم الكتب، بند ٣٩٢.

(٣٣) اللهم إلا فى الأحوال القليلة التى يمكن أن تثور فيها مسألة الاخلاء بعيدا عن الأحوال التى تعالجها قوانين الايجار الاستثنائية، كما فى حالة الأراضى الفضاء.

المبحث الثانى

سندات تنفيذية تصلح للاخلاء

٢٤- تمهيد:

باستبعاد بعض السندات التنفيذية من مجال الإخلاء لسبب أو لآخر، تضيق دائرة البحث ولا يعود أمامنا سوى اثنان هما الاحكام القضائية ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم، وذلك من بين تلك التى تذكرها المادة ٢٨٠ مرافعات صراحة فى تعدادها للسندات التنفيذية. واذا كان من السهل علينا ادراك صلاحية أى من هذين السندين كسبب للحق فى الاخلاء الجبرى، فهل يعنى ذلك فى نفس الوقت ان التنفيذ بالاخلاء قاصر عليهما أم يمكن أن نجد بجانبهما سندات اخرى يعترف لها القانون ايضا بالقوة التنفيذية فى مسألة الاخلاء؟

سوف يتكشف لنا من خلال الدراسة أنه بجانب الأحكام القضائية ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم، يمكن أن توجد ايضا قرارات النيابة العامة، والقرارات الادارية، وذلك كسندات تصلح كمصدر للحق فى التنفيذ الجبرى بالاخلاء.

المطلب الأول
الأحكام القضائية

٢٥- ليس فى الأمر صعوبة تحتاج الى شرح اذا قلنا بأن الأحكام القضائية هى أهم السندات التنفيذية واكثرها شيوعا فى الحياة العملية(٣٤). ولقد أبرز ذلك المشرع الاجرائى فى نص المادة ٢٨٠ مرافعات اذ بدأ بأول سند تنفيذى وهو "الحكم"(٣٥).

ويشرط فى الحكم القضائى حتى يكون سندا تنفيذيا أن يكون صادرا بالزام وأن يكون نهائيا أو مشمولا بالنفاذ المعجل، وأن يكون صادرا فى الموضوع. كما يشترط فى الحق الثابت بالحق - حتى يمكن اقتضاؤه جبرا - أن يكون محقق الوجود حال الاداء معين المقدار. فاذا ما نحينا جانبا الشروط الاخيرة والمتعلقة بالحق المطلوب اقتضاؤه(٣٦) وتساءلنا بعد ذلك عن مدى توافر باقى الشروط فى الأحكام القضائية التى تصدر بالأخلاء، فان الاجابة المعطاة عادة ما تكون ايجابية.

---

(٣٤) فى هذا المعنى: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١٩.
(٣٥) د. محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٢٥.
(٣٦) وليس هنا بالطبع مكان المعالجة التفصيلية لهذه الشروط، وانما محل ذلك هو المراجع العامة فى التنفيذ. انظر على سبيل المثال، للمؤلف، المرجع السابق، ص ١١٣ وما بعدها. والواقع انه اذا كنا نحينا جانبا الشروط الثلاثة المتعلقة بالحق المطلوب اقتضائه، فذلك يرجع الى انه "اذا كان التنفيذ بمقتضى حكم فالاصل ان تثبت الشروط الثلاثة.. لأن الفصل فى الخصومة يقتضى تصفية الحقوق المختلف عليها وقطع النزاع فيها" انظر فى ذلك: د. ابو الوفا، التنفيذ، سابق الاشارة اليه، بند ١٠٧.

٢٦- فبالنسبة للشرط الاول، شرط الالزام، فيقصد به أن يكون هناك الزام بأداء معين يتطلب الحصول عليه استعمال القوة الجبرية عند نكول المحكوم عليه عن الوفاء به اختيارا(٣٧)، فهو يتوافر فى حالتنا هذه. اذ يجب ان نضع موضعا متقدما فى الذهن أننا نفترض صدور حكم بالاخلاء، وهو ما يعنى أننا نستبعد - بالطبع - الحكم الصادر برفض دعوى الاخلاء، لكونه حكما تقريريا يقتصر على نفى وجود حق فى الاخلاء، وبالتالى يستنفد دوره بمجرد صدوره دون أن يحتاج النفى الذى يتضمنه الى أى أداء من المحكوم عليه (المدعى) وبالتالى لا يتطلب لتحقيق الثمرة المرجوة منه الى اى استعمال للقوة الجبرية(٣٨). أما اذا كان الحكم صادرا بالاخلاء - وهوالفرض الذى ينشغل به هذا البحث - فانه وان كان يستند الى تقرير وجود الزام تم الاخلال به مما يستتبع التعديل فى رابطة الالزام، الا انه لا يقف عند ذلك وانما يتضمن ايضا - بل ان هذا هو جوهره - الزام المدين باداء معين هو فى حالتنا اخلاء مكان معين. مثل هذا الالزام الموجه الى المحكوم عليه لن يحقق الثمرة المرجوة منه لصالح المحكوم له الا اذا مكنا هذا الاخير من تحريك

---

(٣٧) انظر فى اهمية هذا الوصف للتمييز بين تنفيذ الحكم ونفاذه: د. أحمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف ص ١٠٧٤ وما يليها.

(٣٨) كما اننا نستبعد ايضا الحكم الصادر بفسخ عقد الايجار دون ان يقضى بالأخلاء. صحيح ان دعوى المؤجر باخلاء المستأجر للتخلف عن الوفاء بالاجرة أو بسبب التأجير من الباطن هى فىحقيقتها دعوى بفسخ عقد الايجار، وما الاخلاء الا نتيجة لذلك، الا اننا فى اطار التنفيذ الجبرى لا ننظر الا لما قضى به الحكم. فالحكم الصادر بالفسخ وحسب هو حكم تقريرى اذا كان بناء على شرط فاسخ صريح تحقق، أو حكم انشائى اذا لم يكن يوجد هذا الشرط. وفى كل فان مجرد الحكم بالفسخ يستتبع أن يستنفد الحكم دوره بمجرد صدوره ولا يحتاج الى أداء معين من المحكوم عليه.

انظر فى أن حكم الفسخ لا يصلح فى ذاته سندا تنفيذيا للاخلاء ما دام لم يتضمن ولوضمنا الزاما بالاخلاء: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٢٢، د. وجدى راغب، المرجع السابق، ص ٤٩.

سلطة التنفيذ لاجبار المحكوم عليه على الانصياع للأمر أو الالزام الموجه اليه، بأن تستخدم هذه السلطة وسائل القوة الجبرية لتحقيق الاخلاء طالما نكل المحكوم عليه عن تحقيقه من تلقاء نفسه. ليس هناك اذن شك فى حاجة الحكم الصادر بالاخلاء الى التنفيذ الجبرى(٣٩).

٢٧- وبالنسبة للشرط الثانى، شرط استيفاء الوصف الاجرائى المطلوب، فهو يعنى أن يكون الحكم نهائيا أو مشمولا بالنفاذ المعجل. وهو اما أنه متوافر وهنا لا تثور مشكلة، وإما أنه لا يتوافر فى وقت معين، وهذا الغياب لا يعنى استبعاد الحكم القضائى من ان يكون سندا للاخلاء، وانما يعنى فقط ضرورة الانتظار حتى يتم استيفاء الوصف. فالحكم الصادر بالاخلاء من القضاء المستعجل - ويسمى الاخلاء عندئذ عادة بالطرد - يستوفى بمجرد صدوره وصفا اجرائيا كافيا لكى يكون سندا تنفيذيا. اذ ان مثل هذا الحكم يعد صادرا فى مادة مستعجلة وهو بالتالى يعد مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون(٤٠). أما الحكم الصادر بالاخلاء من القضاء الموضوعى فهو يستوفى بالطبع الوصف الاجرائى اللازم والمعتاد وهو وصف النهائية اذا كان صادرا من محكمة الدرجة الثانية، الاستئناف تحديدا(٤١). وحتى عندما يكون الحكم صادرا من محكمة أول درجة، الابتدائية تحديدا، فقد يستوفى الوصف الاجرائى اللازم:

---

(٣٩) انظر فى أن الحكم بألزام المحكوم عليه باخلاء عقار يعد صورة من صور حكم الالزام: د. وجدى راغب، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٤٠) فالمادة ٢٨٨ مرافعات تنص على أن "النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للاحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى اصدرتها...."

(٤١) فالحكم النهائى هو الحكم الغير قابل للطعن فيه بالاستئناف العادى. والمقرر ان احكام الاستئناف لا تقبل الاستئناف. فهذا الطريق من طرق الطعن لا يتاح الا أمام أحكام محاكم الدرجة الاولى (مادة ٢١٩ مرافعات). انظر فى المعالجة التفصيلية للاحكام التى تقبل الطعن بالاستئناف: د. نبيل عمر، الطعن بالاستئناف، ١٩٨٠، منشأة المعارف، بند ٩ وما يليه.

فقد يصدر مشمولا بالنفاذ المعجل القضائى[٤٢] وهو وصف اجرائى كاف، وقد يصدر انتهائيا[٤٣] وهو ايضا - بالطبع - وصف كاف، وقد يصدر ابتدائيا غير مشمول بالنفاذ ثم يصير نهائيا - وعندها فقط يستكمل وصفه الاجرائى المطلوب - لسقوط الحق فى الاستئناف (بفوات ميعاد الاستئناف[٤٤] أو بقبول المحكوم عليه للحكم)[٤٥] أو لسقوط الخصومة فى الاستئناف[٤٦]. ولا يتبق بعد ذلك سوى فرض وحيد هو أن يصدر حكم الاخلاء الموضوعى ابتدائيا ويظل محتفظا بهذا الوصف لبقاء الحق فى الطعن أو لبقاء خصومة الاستئناف

---

(٤٢) كما لو كان صادرا تنفيذا لحكم فسخ سابق حائز لقوة الأمر المقضى، أو كان مبنيا على اقرار المحكوم عليه بنشأة الالزام بالاخلاء، أو كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له. ففى مثل هذه الحالات يسمح القانون (مادة ٢٩٠ (٢)، (٣)، (٦)) للمحكمة بالامر بالنفاذ المعجل بناء على طلب. اما باقى حالات النفاذ المعجل القضائى، فعادة لا تتوافر فى دعوى الاخلاء. انظر الجدل حول ما اذا كان الحكم الصادر بالفسخ - وحكم الاخلاء هو فىحقيقته حكم بالفسخ - يعد مبنيا على العقد المفسوخ أم لا، وبالتالى ما اذا كان يمكن أن يعد هذا الحكم مبنيا على سند رسمى لم يطعن فيه بالتزوير أو على سند عرفى لم يجحده المحكوم عليه، وهما من حالات النفاذ المعجل القضائى ايضا: د. ابو الوفا، المرجع السابق، بند ٣٧، د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٣٤، د. احمد زغلول، اصول التنفيذ، ١٩٨٦، مكتبة سيد عبد الله وهبة، بند ٤٣

وانظر فى أن الحكم بالاخلاء عند انتهاء عقد الايجار أو فسخه يمكن أن يكون من صور حالة النفاذ المعجل القضائى التى عبر عنها المشرع فى المادة ٢٩٠ (٦)، أى حالة ما اذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له: د. وجدى راغب، المرجع السابق، ٧٩.

(٤٣) كما لو صدر فى حدود الاختصاص الابتدائى للمحكمة - وهى القاعدة فى حكم الاخلاء الموضوعى - الا انه كان هناك اتفاق ولو قبل رفع الدعوى على ان يكون الحكم انتهائيا. الاساس فى ذلك هو نص المادة ٢/٢١٩ مرافعات.

(٤٤) انظر المادة ٢١٥ مرافعات والتى تقضى بانه "يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن فى الاحكام سقوط الحق فى الطعن".

(٤٥) انظر المادة ٢١١ مرافعات والتى لا تجيز الطعن - أى طعن - فى الاحكام ممن قبل الحكم.

(٤٦) انظر المادة ١٣٨ مرافعات والتى تنص على أنه "متى حكم بسقوط الخصومة فى الاستئناف اعتبر الحكم المستأنف انتهائيا فى جميع الاحوال".

بالنسبة له قائمة. فهنا، وهنا فقط، سوف يكون حكم الاخلاء غير مستكمل للوصف الاجرائى المتطلب لكى يكون سندا تنفيذيا(٤٧).

٢٨- وأما بالنسبة للشرط الثالث، شرط صدور الحكم فى الموضوع، فنقصد بذلك أن يكون الحكم صادرا فى الحقوق والمراكز القانونية موضوع الطلب القضائى وليس فى المسائل الاجرائية بالمعنى الواسع والتى تشمل تلك المتعلقة بتنظيم سير الخصومة والاثبات والتحقيق وايضا المتعلقة بالدفوع

---

(٤٧) ولسوف يظل هذا الوضع لحين صدور الحكم الاستئنافى. وعندئذ يثور التساؤل عن الحكم الذى يعد سندا تنفيذيا فى هذه الحالة، هل الحكم الصادر من محكمة أول درجة وتم تأييده - فهذا هو الفرض المطروح هنا - من محكمة الاستئناف، أم هو الحكم الصادر من هذه الاخيرة.
كما يمكن أن يثور تساؤل مشابه فى الفرض الذى يكون فيه حكم أول درجة مشمولا بالنفاذ المعجل ثم يصدر بعد ذلك حكم الاستئناف بتأييده (ولم يكن حكم أول درجة قد تم تنفيذه بعد).
انظر فى الاتجاهات المختلفة للاجابة على هذين التساؤلين وغيرهما: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٢٣، د. نبيل عمر، التنفيذ القضائى، سابق الاشارة اليه، بند ٣٢. والموقف الذى نتبناه نحن بصدد الفرضين الاول والثانى - وهما ما يدق الأمر بالنسبة لهما فى خصوص سند الاخلاء تحديدا - هو الذى يعتد بحكم أول درجة وحده (خاصة عندما يكون مشمولا بالنفاذ المعجل) أو مع الحصول على ما يفيد تأييده. فحكم أول درجة فى الحالتين كان يتضمن الزاما بالاخلاء ولم يكن هناك حائل دون تنفيذه عندما كان مشمولا بالنفاذ المعجل، أو كان هناك ما يحول دون ذلك عندما كان ابتدائيا غير مشمول بالنفاذ ولكن لم يضف حكم الاستئناف اليه جديدا سوى ازالة هذا الحائل، خاصة اذا اقتصر حكم الاستئناف على تأييد حكم أول درجة لاسبابه".
والواقع ان الحل الذى يعطى لهذه المسائل له شعاب من بينها تحديد الحكم الذى سيتم وضع الصيغة التنفيذية على صورته حتى يمكن الحصول على صورة تنفيذية تسمح باستعمال الحق فى التنفيذ. والموقف الذى نتبناه ييسر الوصول الى حل فى هذا الصدد. فحكم اول درجة عندما يكون مشمولا بالنفاذ المعجل يستتبع امكانية الحصول على صورة تنفيذية منه حتى قبل تأييده فى الاستئناف، بل ولو قبل استئنافه اصلا. أما حكم أول درجة الصادر بالاخلاء ولم يكن مشمولا بالنفاذ ثم تأيد فى الاستئناف، فان ما يجرى عليه العمل بالفعل هو التاشير عليه بما يفيد تأييده - خاصة عندما يقتصر الاستئناف على تأييده لأسبابه - ثم وضع الصيغة التنفيذية عليه وبالتالى استخراج صورة تنفيذية منه.

الاجرائية وكذلك المتعلقة بالدفوع بعدم القبول[٤٨] . ولا شك فى أن الحكم الصادر بالاخلاء يعد حكما صادرا فى الموضوع. اذ لا يصدر هذا الحكم الا بناء على طلب قضائى موضوعى هو الاخلاء. ولا يعنى ذلك ضرورة أن يكون الطلب القضائى الصادر فيه الحكم موضوعيا بالمقابلة للطلب الوقتى أو المستعجل. فسواء كان طلب الاخلاء طلبا موضوعيا اى يستهدف الفصل فى الحق فى الاخلاء، أم كان طلبا مستعجلا أى يستهدف الاخلاء كإجراء وقتى ويعبر عنه عادة حينئذ بالطرد، فالحكم الصادر فى كل يعد حكما صادرا فى الموضوع بالمقابلة للاحكام الصادرة قبل الفصل فيه[٤٩] كما لا يعنى ذلك ايضا ضرورة أن يكون الحكم الصادر فى الموضوع حكما منهيا للخصومة كلها. فقد تقتصر خصومة الاخلاء على طلبه وبالتالى تنتهى هذه الخصومة بصدور الحكم بالاخلاء. وقد لا تقتصر على مسألة الاخلاء بحيث يصدر حكم فيها ولا تنتهى الخصومة رغم ذلك[٤٩/١].

---

(٤٨) انظر فى تقسيم الاحكام الى احكام صادرة فى الموضوع واحكام صادرة فى المسائل الاجرائية – بالمعنى الواسع المشار اليه بالمتن – ولكن من زاوية الحجية: د.احمد زغلول، اعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى وضوابط حجيتها، ١٩٩٠، دار النهضة العربية، بند ٦١ وما يليه.

(٤٩) وهو الحل المعتمد أيضا طبقا للقانون الفرنسى. صحيح أن المادة ٦١ من قانون ٩١-٦٥٠ الخاص باصلاح اجراءات التنفيذ والتى تحدد سندات الاخلاء تتكلم عن الاحكام القضائية وحسب، إلا أن الفقه لا يقصر هذا الاصطلاح على الاحكام الموضوعية فقط وانما يجعله يتضمن ايضا الأحكام الوقتية، خاصة وأن المادة ٣١ من القانون سالف الذكر تسمح صراحة باجراء التنفيذ الجبرى – عموما – بمقتضى سند تنفيذى ذا نفاذ مؤقت.
انظر فى هذه المسألة:

C. LARHER-LOYER, op. cit., no 8

(٤٩/١) فقد تنشأ الخصومة برفع دعوى بالزام المستأجر بدفع الاجرة المتأخرة وكذلك اخلاء العين، فيصدر حكم بالاخلاء وتظل الخصومة رغم ذلك قائمة لحين الفصل فى طلب الأجرة. كذلك الشأن اذا رفعت دعوى اخلاء موضوعية واثناء قيام خصومتها طلب المؤجر الحكم بطرد المستأجر بصفة مستعجلة، فهنا يصدر حكم بالطرد – وهو اخلاء وقتى إن صح التعبير – وتظل الخصومة رغم ذلك لم تنته
=

وهكذا نصل الى استجماع الحكم الصادر بالاخلاء لمقومات السند التنفيذى عادة مما يجعله يكاد – على الاقل من الناحية العملية – السند الاكثر لجوءا اليه فى هذه المسألة من بين تلك التى ذكرتهم المادة ٢٨٠ مرافعات صراحة.

المطلب الثانى

القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة

٢٩– تنص المادة ٤٤/١ مكرر مرافعات على أنه "يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة، مدنية كانت أو جنائية، أن تصدر فيها قرارا وقتيا مسببا واجب التنفيذ فورا...".

وبمقتضى هذا النص ولد سند تنفيذى جديد – خاصة اذا كان بصدد منازعة حيازة مدنية – يضاف الى تلك التى نص المشرع عليها صراحة فى المادة ٢٨٠/ ٢ مرافعات، وهو قرارات النيابة العامة فى منازعات الحيازة عندما يكون صادرا بالزام، كما لو كان صادرا بتمكين شخص من وضع يده على عقار. فطبقا لهذه المادة الأخيرة تعتبر سندات تنفيذية تلك الأوراق الأخرى – غير ما ذكره النص صراحة – التى يعطيها القانون هذه الصفة.

= بعد، اذ ما يزال طلب الاخلاء الدائم – ان صح التعبير – أو الموضوعى لم يفصل فيه بعد.

وقد أعطى القانون لقرارات النيابة فى منازعات الحيازة صفة السند التنفيذى وذلك بطريقة ضمنية(٥٠) حين نص على أنها "واجبة التنفيذ فورا"(٥١) .

٣٠- ومتى سلمنا بأن قرارات النيابة الصادرة فى منازعات الحيازة تعد سندات تنفيذية، فان السؤال الذى سرعان ما يقفز الى الذهن هو الآتى: هل يصلح مثل هذا السند كمصدر للحق فى الاخلاء الجبرى؟ بعبارة أخرى هل يصلح القرار الذى تصدره النيابة بالتطبيق للمادة ٤٤ مكرر مرافعات بتمكين شخص من وضع يده على عقارمعين كمفترض ضرورى وكاف - وهى الخصيصة الاساسية للسند التنفيذى(٥٢) - لاخلاء هذا العقار؟

٣١- الواقع أن نقطة الارتكاز التى يجب أن يعتمد عليها الحل الواجب اعطاؤه لهذا السؤال هى مدى حاجة قرار النيابة الصادر فى منازعات الحيازة الى استعمال القوة الجبرية(٥٣) . فقد يكون القرار بحفظ الشكوى أو بابقاء الحال على ما هو عليه. ومثله لا يحتاج الى تنفيذ جبرى أصلا. وقد يكون القرار بمنع التعرض. وهنا أيضا لا يحتاج قرار النيابة الى تنفيذ جبرى طالما أن الاعتداء على الحيازة لم يكن سوى ادعاء حيازة يتعارض مع حيازة الحائز، فعندئذ يكفى مجرد صدور القرار للافادة من ثمرته. أما اذا كان الاعتداء على

(٥٠) قارن: د. نبيل عمر، المرجع السابق، بند ٦٧ وهو يشترط لاعتبار الأوراق الأخرى سندات تنفيذية أن ينص القانون صراحة على ذلك.
(٥١) انظر: خيرى الكباش، منازعات الحيازة أمام النيابة العامة وقاضى الامور المستعجلة ١٩٩٢، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٤٨، هامش (١) حيث يرى أن هذه العبارة تدل على أننا بصدد سند تنفيذى.
(٥٢) انظر: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١٨.
(٥٣) انظر فى التفرقة بين التنفيذ والنفاذ، وأنه لا تثور الحاجة الى السند تنفيذى إلا للتنفيذ الجبرى: د. ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، سابق الاشارة اليه ص ١٠٧٤.

الحيازة كان ماديا ومستمرا – كأن يكون المعتـدى قد أقام بنـاء علـى الارض وأقام فيه. فأن القرار عادة يكون بمنع التعرض وازلته. وهنا تثور الحاجة الـى التنفيذ الجبرى اذا نكل الصادر ضده الأمر عن التنفيذ الاختيـارى. وقد يكـون القرار بوقف الاعمال الى يقوم بها المعتـدى. وهنـا لا يكـون قرار النيابـة فـى حاجة الى تنفيذ جبرى لانه لا ينطوى على الأمر بازالة ما تم من أعمال. وقـد يكون القرار بالتمكين، أى تمكين مـن انتزعت حيازتـه مـن استرداد حيازتـه. وهنا بالطبع يحتاج التنفيذ الى استعمال القوة الجبريـة.

ومتى أوضحنا ما تقدم، فان قرارات النيابة العامة الصادرة فى منازعـات الحيازة قد تكون سندا للاخلاء أو الطرد اذا كانت تحتاج الى تنفيذ جبرى، كمـا لوكانت صادرة بالازالة أو التمكين. فمثل هذا القرار أو ذاك ينطوى على الزام بالاخلاء، ولا يعد مجرد صدوره محققا للهدف منه، وانما يتطلب ذلك استعمال القوة الجبرية.

والقرار عندما يكون هكذا منطويا علـى اخـلاء يحتـاج الـى تنفيذ جبرى، فانه يكون ذا قوة تنفيذية فورية. فرغم قابليتهـا للتظلـم أمـام القاضـى المختـص بالامور المستعجلة(٥٤)، الا أنه ووفقا لنص المادة ٤٤ سالف الذكر يعد "واجـب التنفيذ فورا"(٥٥) .

---

(٥٤) فتنص الفقرة الثالثة من المـادة ٤٤ مكرر مرافعـات علـى أنـه "وفـى جميـع الاحـوال يكون التظلـم مـن هـذا القـرار لكـل ذى شـأن أمـام القـاضى المختـص بـالامور المستعجلة...."

(٥٥) انظر فى أن هذه العبارة تدل على أننا بصدد سند تنفيذى مشمول بالنفاذ المعجل بقـوة القانون: خيرى الكباش، المرجع السابق، ص ٤٨ هامش (١).

ولأن التنفيذ هنا سيجرى وفقا لاجراءات التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات(٥٦) خاصة اذا كانت المنازعة مدنية – فقد نشأ السند التنفيذى هنا بمقتضى قانون المرافعات – فانه يجب ان يتوافر فى السند الشكل الذى تطلبته المادة ٣/٢٨٠ مرافعات وهو أن توجد صورة تنفيذية من قرار النيابة(٥٧)، حتى يجوز استعمال الحق فى الاخلاء الجبرى، وهو ما يجرى عليه العمل بالفعل.

٣٢– وهكذا يمكن أن يستجمع قرار النيابة العامة فى منازعات الحيازة مقومات سند تنفيذى للاخلاء الجبرى. بل أن صدوره من النيابة العامة وفق اجراءات مبسطة عقب التحقيق، وقابليته للتنفيذ الفورى، قد يجعله من اكثر السندات التنفيذية فعالية فى هذا الصدد. اذ بفضل هذا السند لن يحتاج النزاع

(٥٦) وهو ما اكده الكتاب الدورى رقم (١٥) لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام والذى أوجب صراحة فى هذا الصدد على اعضاء النيابة العامة مراعاة ما يلى: "... ثانيا: يتم اعلان القرار وتنفيذه وفقا للاحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية..."، وكذلك الكتاب الدورى رقم (٦) لسنة ١٩٩٢ "محضرين" والصادر من مساعد وزير العدل وينبه على اقلام المحضرين باتباع الآتى: "... ثانيا: تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية يقوم به المحضرون....".
ولكن انظر عكس ذلك: د. فتحى والى، المرجع السابق بند ٦٤ مكرر حيث يرى الاستاذ العميد ان يكون تنفيذ القرارات الصادرة طبقا للمادة ٤٤ مرافعات مكرر وفقا لاجراءات تنفيذ قرارات النيابة العامة.

(٥٧) أى ضرورة وضع الصيغة التنفيذية على صورة القرار. ويثور التساؤل عن المختص بوضع هذه الصيغة. فقد نبه الكتاب الدورى رقم (٦) محضرين سالف الاشارة اليه بمراعاة ان تزيل القرارات الصادرة من النيابة العامة طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة ٣/٢٨٠ مرافعات، ولم يرشد الى المختص بوضعها. ونرى من جانبنا أنه لا مانع من أن يتولى رئيس النيابة الذى يصدر عنه القرار وضع الصيغة التنفيذية.

اذا نشأ حول مسألة الاخلاء سوى اياما معدوات حتى يمكن تصفيته – ولو انها تصفية وقتية – وانزال حكم القانون جبرا عن المعتدى.

المطلب الثالث

القرارات الادارية

٣٣- من امتيازات القانون العام التى تتمتع بها الادارة سلطة التنفيذ المباشر. وتتم ممارسة هذه السلطة بواسطة الادارة من خلال اصدار قرارات توصف بأنها ادارية وتكون لها قوة التنفيذ. وقد كان الاخلاء الجبرى للعقارات من بين المصالح التى يمكن تحقيقها من خلال القرارات الادارية. جاء بهذه السندات التنفيذية فى هذا المجال قانون ايجار الاماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧.

فطبقا للمادة ٦٣ من هذا القانون أنه "إذا اقتضت أعمال الترميم أو الصيانة(٥٨) اخلاء المبنى مؤقتا من شاغليه حرر محضر ادارى باسماء المستأجرين الفعليين دون سواهم وتقوم الجهة الادارية المختصة باخطارهم بالاخلاء فى المدة التى تحددها فاذا لم يتم الاخلاء بعد انقضائها جاز تنفيذه بالطريق الادارى..."

(٥٨) والتى قد صدر قرار أوحكم بها طبقا لأحكام الفصل الثانى من الباب الثانى من قانون ٤٩ لسنة ٧٧. وينظم هذا الفصل القواعد الحاكمة للمنشآت الآيلة للسقوط أو تحتاج الى ترميم أو صيانة لتأمين سلامتها أو للحفاظ عليها فى حالة جيدة (وهى المواد من ٥٥ الى ٦٥).

وطبقا للمادة ٦٤ من القانون نفسه انه يجب "على شاغلى العين الصادر قرار أو حكم نهائى بهدمها أن يبادروا الى اخلائها فى المدة المحددة فى الحكم أو القرار فاذا امتنعوا عن الاخلاء كان للجهة الادارية المختصة بشؤن التنظيم أخلاؤهم بالطريق الادارى...".

وطبقا للمادة ٦٥ من القانون ذاته "يجوز للجهة الادارية المختصة بشئون التنظيم فى أحوال الخطر الداهم اخلاء البناء وكذلك المبانى المجاورة عند الضرورة، من السكان بالطريق الادارى..."

كما تنص المادة ٣/٢ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أنه بالنسبة للمساكن التى يتم شغلها بتصاريح اشغال مؤقتة لمواجهة حالات الطوارئ والضرورة ويزول سبب الاشغال فأنه "يصدر بالاخلاء قرار من السلطة التى أصدرت قرار الاشغال المؤقت..."

كما أن حالات الطوارئ والضرورة بصفة عامة قد تبرر اصدار قرارات ادارية باخلاء المساكن.

فى مثل هذه الاحوال فان السند التنفيذى للاخلاء الجبرى هو قرار ادارى. وتنفيذ مثل هذا السند لا يخضع لاحكام قانون المرافعات، فهو يتم بغير طريق المحضرين ولا يخضع بالتالى لاشراف قاضى التنفيذ(٥٩).

(٥٩) على أن منازعات تنفيذ هذه القرارات – ونقصد بذلك تحديدا تلك التى نص عليها قانون الايجار رقم ٤٩ لسنة ٧٧ – تخضع لاختصاص قاضى التنفيذ، بعد أن جعل المشرع التظلم من هذه القرارات لجهة القضاء العادى. فطبقا للمادة ٥٩ من هذا القانون يكون الطعن فى القرار الادارى الصادر فى شأن المنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة من اختصاص المحكمة الابتدائية، وهو ما يستتبع عقد

=

المبحث الثالث
السند التنفيذى عند تكرار الاخلاء

٣٤- تمهيـد:

مهما قيل عـن طبيعيـة العلاقـة بين الحـق فـى التنفيـذ الناشـئ عـن السـند التنفيذى وبين الحق الموضوعى الثابت فى هذا السند، وهل هما حقان مستقلان أم مختلفـان(٦٠) ، فانـه لا خـلاف علـى أنـه يترتب علـى القيـام بـالتنفيذ بنجـاح وبالتـالى اسـتعمال الحـق فـى التنفيـذ انقضـاء هـذا الحـق وكذلـك الحـق الموضوعى(٦١). فاذا انتقلنا من رحاب التعميم الى حيـز التخصيص، فان تمام عملية الاخلاء الجبرى يؤدى الى انقضاء الحق فى الاخـلاء الجبرى أيا كـان سنده.

مثل هذا التحليل يدفعنا الى طرح السؤال الآتى: ماذا لو توافر سند يعطـى الحق فى الاخلاء الجبرى من عين معينة وتم تنفيذه الجبرى بنجاح، وبعد ذلـك عاد المنفذ ضده الى شغل ذات العين دون سـند يخولـه هـذا الحـق؟ هـل يمكـن استعمال ذات السند التنفيذى لاخلائه مرة ثانية، بحيث انه كلما عاد المنفذ ضده

= الاختصاص لقاضى التنفيذ – وهو التابع لنفس الجهة التابعة لها المحكمـة الابتدائيـة – فى منازعات تنفيذ قرارات الاخلاء الصادرة لذات المناسبة.

(٦٠) انظر فى الآراء المختلفة فى هذا الصدد، د. فتحى والـى، المرجـع السابق، بند ١٤، د. وجدى راغب ، المرجع السـابق، ص ٢٢ ومـا بعدهـا، د. نبيـل عمـر، المرجـع السابق، بند ٧ وبند ٢١ وما يليه، د. عزمى عبـد الفتاح، المرجـع السـابق، ص ٧١ وما بعدها.

(٦١) قارب: Chiovenda، مشار اليه لدى د. فتحى والى، المرجع السابق، ص ٢٧ هـامش (٤).

لشغل العين عاد للسند التنفيذى قوته؟ سوف تختلف الاجابة على هذا التساؤل وفقا للقانون المصرى عنها فى القانون الفرنسى. فبينما يتطلب الاخلاء من جديد سندا تنفيذيا جديدا وذلك طبقا للقانون المصرى، فان سند الاخلاء الأول يظل صالحا للاخلاء من جديد وذلك طبقا للقانون الفرنسى.

وعليه سوف توزع موضوعات هذا المبحث بين مطلبين:

المطلب الأول: الحل المصرى: وجوب سند تنفيذى جديد

المطلب الثانى: الحل الفرنسى: صلاحية سند الاخلاء السابق

المطلب الأول

الحل المصرى – وجوب سند تنفيذى جديد

٣٥- للاجابة على التساؤل السابق طرحه يجب أن نضع موضعا متقدما فى الذهن أن السند التنفيذى يعد مفترضا ضروريا لا غنى عنه لاجراء التنفيذ الجبرى، وأن سند الاخلاء السابق لم يعد – على ضوء التحليل الذى بدأنا ببيانه – ساريا. ولا شك فى أن النتيجة التى نستخلصها من ذلك هى أنه فى الفرض محل البحث سوف يحتاج من يريد الاخلاء الجبرى الى الحصول على سند تنفيذى جديد يقضى بالاخلاء من جديد، وهو ما يستتبع بعد ذلك تسلسل الخطوات التى سوف نعرضها من ضرورة اتخاذ مقدمات التنفيذ ثم عملية التنفيذ مجددا. ولا شك فى أن هذه النتيجة هىما يتفق مع التنظيم التشريعى المصرى القائم، حيث انها تتفق مع المنطق القانونى القائم على ضرورة السند

التنفيذى النافذ لامكان التنفيذ الجبرى، كما انه لا يوجد نص قانونى يقضى بعكسه(٦٢).

٣٦- على أن للتسليم باطلاق هذا المنطق عيوب أولها أن بطء التقاضى - حتى بالنسبة للدعاوى المستعجلة وذلك من الناحية الواقعية - قد يشجع المنفذ ضده على استغلال حاجة صاحب المكان فى ضرورة الحصول على حكم قضائى بطرده اذا ما عاد لشغل العين ثانية، ويقوم فعلا بالعودة الى العين التى سبق وأخلى منها جبرا. وقد يدفعه أكثر الى هذه العودة أن تظل العين خالية، وأن العثور على عين بديلة - خاصة اذا كانت مطلوبة للسكنى - قد يصبح بالنسبة له أمرا صعبا ان لم يكن مستحيلا.

٣٧- لذلك كان من حسن السياسة التشريعية العمل على ايجاد الوسائل الكفيلة بزجر المنفذ ضده وجعله يفكر اكثر من مرة قبل الاقدام على مشروع كهذا. وقد يسفر البحث فى نصوص القانون المصرى عن بعض هذه الوسائل. فهناك فى قانون العقوبات النصوص التى تهدد المنفذ ضده بامكانية ملاحقته

---

(٦٢) ويقترب من هذه المسألة الفرض الآتى: أن يستصدر المؤجر حكما من القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة لتأخره فى أداء الاجرة مع وجود الشرط الصريح الفاسخ، ثم لا ينفذ هذا الحكم ويترك المستأجر بالعين، ويقوم هذا الأخير بدفع الاجرة عن شهور لاحقة ثم يتوقف فى شهر من الشهور عن وفاء الأجرة. فهل يحق للمؤجر أن يقوم بتنفيذ حكم الطرد السابق صدروه ضد هذا المستأجر؟
انظر فى هذا الفرض والاجابة المعطاه له وأنها عدم الجواز لأن ظروف الحال سالفة الذكر تشير الى زوال قوة السند التنفيذى عن ذلك الحكم بالتنازل عنه من جانب المحكوم له وقبول الأجرة عن شهور لاحقة لصدوره، فضلا عن أن المستأجر قد دفع الأجرة التى قضى بالطرد من أجلها، بل أجرة تالية لها فتغير بذلك المركز القانونى للخصوم: محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، المرجع السابق بند ٣٦٢ والحكم غير المنشور والمشار اليه هامش (١) ص ٦٨٣.

عن جريمة انتهاك حرمة الحيازة مثلا(٦٣)، كما أن فى نصوص القانون المدنى وقانون المرافعات ما يسمح برفع دعوى استرداد الحيازة المستعجلة(٦٤) . الا أن انجح الوسائل التى يعرفها المشرع المصرى فى هذا الصدد هى امكانية استصدار قرار من النيابة العامة ينفذ نفاذا معجلا وذلك طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات(٦٥).

٣٨- على أن هذه الوسائل وأن نجحت احيانا بما ينطوى عليه البعض منها من ترهيب فى توقى نشوء الظاهرة، الا أنها قد تبدو عاجزة فى أحيان أخرى عن تحقيق حماية تنفيذية كاملة وسريعة لصاحب الحق. فاذا كان انجح الوسائل المطروحة هو استصدار قرار من النيابة العامة بطرد من عاد لشغل العين والتى سبق وطرد منها، وذلك طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات، فان فى القانون ايضا ما قد يستغله المنفذ ضده على نحو أو آخر من اجل تعطيل التنفيذ بمقتضى هذا السند، كأن يتظلم من أمر النيابة لدى قاضى الامور المستعجلة ويستحصل على حكم بوقف التنفيذ بمناسبة هذا التظلم(٦٦). بل وقد

---

(٦٣) فقانون العقوبات المصرى يعاقب على جرائم انتهاط حرمة ملك الغير بالمواد من ٣٦٩ الى ٣٧٣. وعادة ما يتوافر القصد الجنائى المطلوب عندما يعاود المنفذ ضده الى شغل العين التى تم اخلاؤه منها وقد تجرد من كل سند قانونى يمكن أن يبرر عودته.

(٦٤) فالقانون المدنى يعطى للحائز الذى فقدت حيازته على هذا النحو الحق فى رفع دعوى استرداد الحيازة (انظر المواد ٩٨٥ - ٩٦٠ مدنى). كما أن توافر الاستعجال يعطى لمن فقدت حيازته الحق فى المطالبة باسترداد الحيازة على وجه الاستعجال أو من خلال الاجراءات المستعجلة طبقا لقانون المرافعات.

(٦٥) انظر ما سبق، بند ٢٩ وما يليه.

(٦٦) انظر ما يلى بند ٦٩.

يستشكل فى تنفيذ قرار النيابة ويحصل على وقف فورى للتنفيذ، وذلك بالتطبيق للمادة ٣١٢ مرافعات وعلى افتراض صحة هذا التطبيق(٦٧).

٣٩- ولذلك فان الحل المنشود من وجهة نظرنا هو الذى يجعل السند التنفيذى الاصلى الذى تم الاخلاء الجبرى بمقتضاه أول مرة، سندا تنفيذيا صالحا لاعادة التنفيذ بمقتضاه كلما عاد المنفذ ضده الى شغل العين التى تم طرده منها. فمثل هذا الحل يحقق حماية تنفيذية سريعة لصاحب الحق فى الاخلاء نظرا لأنه لن يحتاج الى استصدار سند تنفيذى جديد. كما أنه لا يتعطل مفعوله عادة بفعل الاشكالات التى قد يقيمها المنفذ ضده، نظرا لأنه فى الاعم الاغلب من الآمور قد سبق واقام بعضا منها وذلك بمناسبة الاخلاء الجبرى السابق، وهو ما يحرم اشكالاته اللاحقة من أى أثر واقف قد يثور فى ذهن رافعها أنه يترتب علي مجرد رفعها. بل أن تخيل وجود مثل هذا التنظيم فى القانون – من حماية تنفيذية سريعة ولا تقبل التعطيل – سوف يجعلها فى حقيقة الأمر حماية "وقائية". اذ أنه سوف يفت من عضد المنفذ ضده أن محاولته استعادة العين فى ظل تنظيم كهذا، لن تكون مجدية ولو فى الاجل القريب.

(٦٧) انظر ما يلى بند ٧٠ وما يليه.

المطلب الثانى

الحل الفرنسى – صلاحية سند الاخلاء السابق

٤٠– اذا كان الحل السابق اقتراحه لم يصادفه بعد اعتماد تشريعى فى مصر رغم الحاجة الماسة اليه، فان الوضع مختلف بالنسبة للمشرع الفرنسى الحديث، اذ لم يغفل التنظيم القانونى الجديد لاجراءات التنفيذ هناك عن مواجهة الفرض الذى ينجح فيه المنفذ ضده فى العودة ثانية الى المكان الذى تم اخلاؤه منه جبرا، فوضع نصا يسمح ليس فقط بالاخلاء الجبرى ثانية بمقتضى نفس السند التنفيذى الاول، وانما أيضا بالاعفاء من مقدمات التنفيذ – وأهمها هنا المهلة – هو نص المادة ٢٠٨ من مرسوم ٣١ يوليو سالف الاشارة(٦٨).

فطبقا لهذا النص تكيف واقعة قيام المنفذ ضده بالعودة الى المكان الذى تم اخلاؤه منه جبرا بأنها تعدى voie de fait مادام أن هذه العودة لم يكن لهامسوغ شرعى(٦٩) sans titre.

٤١– وقد رتب النص على هذا التكييف أن الانذار بالاخلاء والذى سبق ابلاغ المنفذ ضده به حال الاخلاء السابق يعد قائما ومرتبا لآثاره Contenue

---

(٦٨) وتجرى عبارة هذا النص كما يلى:

"La reinstallation sans titre de la personne expulsee dans les memes locaux est constitutive d'une voie de fait.

La commandement d'avoir a liberer les locaux signifie auparavant continue de produire ses effets; l'article 197 n'est pas applicable."

(٦٩) أما اذا فرض وكانت عودة المنفذ ضده الى المكان مستندة الى أساس قانونى، كحصوله على حكم يلغى سند الاخلاء، أو دخوله طرفا فى عقد يخوله منفعة المكان، كالايجار أو البيع، فان التعدى هنا لا يعد متوافرا.

de produire ses effets. وأول ما يتفرع عن هذا النص أنه لا توجد حاجة الى الحصول على سند تنفيذى جديد من اجل اجراء الاخلاء الجبرى ثانية(٧٠). اذا أن النص صراحة على استمرار الانذار بالاخلاء جبرا فى ترتيب آثاره تعنى ضمنا استمرار السند التنفيذى – والذى تضمن الانذار صورة منه – فى ترتيب آثاره هو الآخر، وبالتالى لا ضرورة لاضافة سند تنفيذى جديد.

وبذلك يكون القانون الفرنسى قد خرج بهذا النص على قاعدة يقضى بها المنطق القانونى المجرد وهى قاعدة انقضاء الحق فى التنفيذ الجبرى بعد اتمام عملية التنفيذ بنجاح، واستثنى الحق فى الاخلاء الجبرى منها فاعتبره قائما فى كل مرة يسعى فيها المنفذ ضده الى استعادة العين التى تم اخلاؤها منه. وهو خروج محمود لمواجهة فرض شائع عندهم – وأيضا عندنا – خاصة فى الحالات التى تظل فيها العين خالية ويظل المنفذ ضده عاجزا عن الحصول على مسكن أو مأوى بديل.

---

(٧٠) انظر:

C. LARHER - LOYER, op.cit., n

الفصل الثانى
توقى الإخلاء الجبرى

٤٢- تمهيد وتقسيم:

قد يتوافر عمل من الأعمال القانونية ذات القوة التنفيذية ومتضمنا الزاما باخلاء واكتملت شروط اقتضائه جبرا، ومع ذلك قد يفقد هذا العمل قوته التنفيذية بحيث يمتنع تنفيذه نهائيا وهو ما نسميه بدرء التنفيذ. وقد يظل للسند التنفيذى قوته فى بعض الاحيان ومع ذلك تتعطل عملية الاخلاء لبعض الوقت بحيث يتجنب المنفذ ضده اتمام التنفيذ خلال هذا الوقت وهو ما يسمى بوقف التنفيذ.

يمكن اذن ان تتعطل القوة التنفيذية للسند التنفيذى على نحو دائم أو مؤقت، ولكن فى الحالتين تترتب نتيجة واحدة هى توقى اتمام التنفيذ.

وسوف نخصص مبحثا أول لدراسة درء الاخلاء الجبرى، ومبحثا ثانيا لدراسة وقف الاخلاء الجبرى. ولسوف نخصص مبحثا ثالثا لنجيب فيه على التساؤل الآتى: هل يمكن توقى الاخلاء الجبرى اذا لم يتوافر "المسكن" البديل؟

المبحث الاول
درء الإخلاء الجبرى

٤٣- تمهيد:

ليس المقصود بدرء الاخلاء الجبرى هنا أن يقوم المدين بالاخلاء الاختيارى فيتفادى بذلك مهانة الاخلاء الجبرى لما ينطوى عليه من قهر واجبار. فلا شك أن مثل هذا الاخلاء الاختيارى يعنى أن صاحب الحق فى الاخلاء قد حصل على ثمرة حقه التى لم يكن ليحصل الا عليها لو حدث الاخلاء الجبرى.

ولكن ما نقصده بدرء الاخلاء الجبرى هنا، ان صاحب الحق فى الاخلاء لن يحق له تحريك سلطة التنفيذ للحصول على ثمرة حقه وهى الاخلاء الجبرى، فى نفس الوقت الذى لم يقم فيه المدين بالاخلاء الاختيارى ولن يصبح ملزما بذلك رغم أن سند الاخلاء لازال قائما لم يلغ بعد. ولكن كيف ذلك؟ هذا ما تجيب عليه المادة ١٨ (ب) من قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، حين نصت على أنه "... ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير فى سداد الاجرة اعمالا للشرط الفاسخ الصريح اذا ما سدد المستأجر الاجرة والمصاريف والاتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر...".

فقد جاءت هذه المادة بحكم غير مسبوق فى مجال التنفيذ الجبرى. اذ رغم ان للحكم القضائى قوة لتنفيذ ما أمر به فى منطوقه(٧١)، وقد عين المنطوق ما ينصب عليه التنفيذ وهو الاخلاء أو الطرد من العين، الا أن المحكوم عليه يستطيع أداء الاجرة - وهذا أداء مختلف عما قضى به الحكم اذ الفرض أن هذا الاخير قد أقتصر على النطق بالاخلاء أو الطرد(٧٢) - ويتجنب بذلك تنفيذ حكم الطرد أو الاخلاء.

ونظرا لأن هذا الوضع يمثل استثناء على قواعد التنفيذ الجبرى، والتى بمقتضاها يعد السند التنفيذى مفترض كاف(٧٣) للتنفيذ بحيث لا يجوز الامتناع عن اجرائه طالما ظل الالزام الثابت به - وهو هنا الاخلاء - لم ينفذ، كان لابد من تحديد شروط انطباق هذا الاستثناء على نحو مفصل بحيث نقطع الطريق أمام أية محاولة لتجاوز الفرض الذى ورد فيه.

والواقع أنه يستفاد من نص المادة ١٨ (ب) سالف الاشارة اليه أن درء تنفيذ سند الاخلاء هنا يفترض ضرورة استجماع عدة شروط هى: أن يكون سند الاخلاء حكما مستعجلا، وأن يكون سبب الاخلاء هو عدم الوفاء بالاجرة، وأن يتم سداد الاجرة وما فى حكمها، وألا يكون الاخلاء لتكرار الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة.

---

(٧١) انظر: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٢١.

(٧٢) ولا يختلف الوضع حتى ولو فرض أن الحكم قد قضى بالاخلاء أو الطرد الى جانب الوفاء بالاجرة، فهنا نحن بصدد "حكمين". وبالتالى لا علاقة من حيث المبدأ بين أداء الاجرة والاخلاء، بحيث أن تنفيذ شق الحكم القاضى بالاجرة لا يعد تنفيذا للشق الثانى القاضى بالاخلاء أو الطرد.

(٧٣) انظر: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١٨.

ولسوف نخصص لكل شرط من هذه الشروط مطلبا.

المطلب الأول

سند الإخلاء حكم مستعجل

٤٤- نظرا لأن القضاء المستعجل لا يقوم على فكرة العدالة الكاملة، وانما هو ينهض على اساس فكرة الحماية العاجلة(٧٤)، فان الحكم المستعجل كسند تنفيذى لا يرتبط بالقواعد العامة فى الحماية التنفيذية. فاذا كانت هذه القواعد لا تسمح بممارسة الحماية التنفيذية من حيث الأصل الا اقتضاء لحقوق مؤكدة ومستقرة، وآية ذلك الحق الثابت فى حكم موضوعى غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية على الاقل، فان السماح بتنفيذ الحكم المستعجل ينطوى على استثناء. إذ أن مبنى القضاء فيه لا يقوم على تأكيد وجود الحق وانما مجرد ترجيح وجوده، كما أنه يحوز القوة التنفيذية المعجلة أى قابليته للتنفيذ رغم قابليته للطعن العادى أو ممارسة هذا الطعن بالفعل(٧٥).

وانطلاقا من هذه الصفة الاستثنائية للقوة التنفيذية للحكم المستعجل، كان طبيعيا أن يعمد المشرع الى العمل على "انحسار" هذه القوة كلما أنحسرت حالة الاستعجال ذاتها والتى كانت الدافع إلى تقرير هذا الاستثناء.

---

(٧٤) د. امينة النمر، مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة، ١٩٦٧، منشأة المعارف، بند ٢.

(٧٥) انظر فى أن الاعتراف للاحكام المستعجلة بالقوة بالتنفيذية يشكل وجه استثناء مزدوج يرد على القاعدة العامة أو الاساس فى التنظيم القانونى المعتمد للقوة التنفيذية للاحكام: د. احمد زغلول، آثار الغاء الاحكام بعد تنفيذها، ١٩٩٢، دار النهضة العربية، بند ١١.

ولقد كان الحكم المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير فى سداد الاجرة مناسبة حيوية لاعمال هذه الفكرة، فكرة انحسار القوة التنفيذية عن الحكم المستعجل، اذا ما سدد المستأجر الاجرة المستحقة والمصاريف والاتعاب عند تنفيذ الحكم. اذ تنص المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أنه ".. لا ينفذ حكم القضاء المستعجل..." فى هذه الحالة.

وأول ما يجب رصده فى هذا الصدد هو أن المادة المذكورة تقتصر على ذكر حالة الحكم المستعجل، فهل مفاد ذلك أن السندات التنفيذية الأخرى لا يتصور درء تنفيذها؟.

٤٥- أما أن الحكم المستعجل يمكن توقى تنفيذه اذا توافرت باقى الشروط، فهذا لا يحتاج الى تأكيد بعد أن نصت على ذلك المادة ١٨ سالفة الذكر صراحة. كل ما نود التأكيد عليه هو أنه نظرا لعمومية النص فانه يستوى أن يكون الحكم صادرا من قاضى الامور المستعجلة أو من محكمة الموضوع اذا رفعت اليها دعوى الطرد بطريق التبعية، كما يستوى أن يكون الحكم صادرا من محكمة أول درجة أو من محكمة الدرجة الثانية(٧٦).

---

(٧٦) فالحكم الصادر برفض دعوى الطرد المستعجلة يعد حكما مستعجلا واستئنافه ينقل الدعوى المستعجلة الى محكمة الاستئناف. فاذا ألغته محكمة الاستئناف وقضت بالطرد، فالحكم الصادر منها يعد حكما مستعجلا ويمكن درء تنفيذه عند توافر باقى الشروط.

٤٦- وأما أن درء التنفيذ لا يجوز تجاه باقى السندات التنفيذية، كالحكم الموضوعى بالاخلاء مثلا، فهى نتيجة يحتاج التسليم بها الى ايضاح.

فقد يثور فى الذهن أنه يجوز القياس على التيسير المقرر للمستأجر المحكوم عليه من القضاء المستعجل بالطرد وتقرير عدم جواز تنفيذ الحكم الموضوعى الصادر بالاخلاء. ولكن الرأى الصحيح فى نظرنا هو ان القياس هنا محظور لسببين:

الأول، هو أنه ليس هناك أدنى شك فى أننا أمام نص استثنائى. فالاصل أن حق المؤجر فى طلب الاخلاء أو الطرد ينشأ بمجرد وقوع المخالفة ولا ينقضى بازالتها، فاذا صدر حكم - ولو مستعجل - بالاخلاء، فلا يملك المستأجر تفادى التنفيذ اذا بادر الى ازالة سبب المخالفة(٧٧). لولا أن المشرع قد اتى بنص خاص فى هذا الصدد وسمح بتفادى تنفيذ الحكم المستعجل عند توافر بعض الشروط(٧٨). وباعتباره كذلك، فان تطبيقه يجب أن يقتصر على الحالة التى ورد بشأنها، فلا يجوز القياس عليه حتى ولو كنا فى حالات نظيرة.

---

(٧٧) بل أنه لا يملك تفادى صدور الحكم ولو بادر الى ازالة سبب المخالفة. انظر تطبيقا لذلك: نقض ١٩٧٩/٥/٢، الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٤ ق، نقض ١٩٧٩/٢/٧، الطعن رقم ٥٠٩ سنة ٤٦ ق، نقض ١٩٧٧/٦/١ - ٢٨ - ١٣٤٠.

(٧٨) قارن: محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، الطبعة الرابعة ١٩٧٧، دار النهضة العربية بند ١٩٦ حيث يقرر فى ظل قانون ايجار الاماكن لسنة ٦٩ - وحيث لم يكن قد ورد نص مماثل لنص المادة ١٨ من قانون ٨١ والذى يسمح للمستأجر بتفادى الحكم المستعجل القاضى بالطرد لعدم الوفاء بالاجرة - ان المستأجر يستطيع ان يمنع المؤجر من تنفيذ حكم الاخلاء المستعجل بمجرد قيامه بالوفاء بالاجرة.

الثانى، هو أنه حتى على فرض صحة جواز التوسع فى الاستثناء عند توافر علته، فان هذه العلة لا تتوافر فى الحكم الموضوعى القاضى بالاخلاء. "لأن المشرع اذا كان قد أجاز للمستأجر تفادى تنفيذ الحكم المستعجل.. فهو لأنه حكم وقتى حجيته مؤقتة ولا يؤثر على سير الخصومة المتعلقة بأصل الحق، ولا حجية له عليها، عملا بالقواعد العامة. أما الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بالاخلاء.. والذى فوت المستأجر على نفسه ميعاد استئنافه فلا يملك التملص منه وتفادى حجيته، ولا يلومن الا نفسه(٧٩)".

المطلب الثانى

سبب الاخلاء هو عدم الوفاء بالاجرة

٤٧- سبق أن برهنا(٨٠) على أن الاخلاء يمكن أن يكون بناء على حكم مستعجل، وأن مناط الاختصاص والحكم بذلك يتوافر عند التأخير فى سداد الأجرة اعمالا للشرط الفاسخ الصريح، كما يتوافر ايضا كلما توافر سبب آخر من أسباب الاخلاء مما يتحقق معه ركن الاستعجال وترجح الحق.

وقد يحدث أن ترفع دعوى الطرد المستعجلة ويتوافر فى هذا الوقت سبب للاخلاء مما يتحقق معه الاستعجال ثم يزول هذا السبب قبل الفصل فيها. هنا يذهب الرأى الراجح(٨١) الى انه بصرف النظر عن اكتساب المؤجر للحق فى

---

(٧٩) د. ابو الوفا، التعليق على قانون ايجار الأماكن، سابق الاشارة اليه، ص ٣٢٣.
(٨٠) انظر ما سبق بند ٢٨.
(٨١) انظر: د. احمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشر، ١٩٩٠، منشأة المعارف، بند ٢٩٦ (الهامش).

الاخلاء بمجرد وقوع المخالفة أو سقوط حقه بزوالها، فانه من زاوية الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة لا مندوحة من الاعتداء بتخلف ركن الاستعجال، وذلك استنادا الى أن العبرة فى تحديد الاستعجال هى بوقت نظر الدعوى(٨٢) وبناء عليه فان القاضى المستعجل يحكم بعدم الاختصاص.

أما اذا ظل الاستعجال قائما لحين نظر الدعوى فصدر الحكم المستعجل بالطرد، ثم زال عقب صدوره، فالاصل أن تظل للحكم قوته التنفيذية الى أن يتم الغاؤه. هذا الأصل يسرى بشأن اسباب الاخلاء المختلفة عدا التأخير فى سداد الاجرة. فالحكم المستعجل الصادر بطرد المستأجر للتأجير من الباطن بغير اذن المؤجر أو لاستعمال العين بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة مثلا، يصح تنفيذه ولو بادر المستأجر وازال سبب المخالفة عقب صدروه بأن استرد العين المؤجرة أو امتنع عن الاستعمال للعين بطريقة ضارة.

٤٨- ولقد كان ممكنا أن يسرى هذا الأصل أيضا ولو كان سبب حكم الطرد المستعجل هو الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة وسدد المستأجر الاجرة بعد صدوره. لولا أن المشرع قد أتى باستثناء لا ينطبق اذا كان طرد المستأجر هو بسبب التأخير فى سداد الاجرة. فسوف نرى حالا أن زوال هذا السبب - بقيام المستأجر بسداد الاجرة - يزيل عن الحكم قوته التنفيذية. نصت على هذا المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ سالف الذكر، اذ تجرى عبارتها على انه "ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر

(٨٢) انظر فى اختلاف الاراء فيما يتعلق بالوقت الذى يعتد به فى تقدير الاستعجال فى الدعاوى المستعجلة عموما: د. امينة النمر، المرجع السابق، بند ٦٨ وما يليه.

بسبب التأخير فى سداد الاجرة اعمالا للشرط الفاسخ الصريح اذا ما سدد المستأجر الاجرة....".

ولما كان زوال القوة التنفيذية للحكم بزوال المخالفة على هذا النحو يعد استثناء على الاصل، فانه لا يجوز التوسع فيه ولو كان السند فى هذا هو القياس.

٤٩- ولكن يبقى تساؤل: هل يجب الوقوف عند حرفية النص بحيث لا يتصور توقى تنفيذ الحكم المستعجل القاضى بالطرد بسبب التأخير فى سداد الاجرة الا اذا كان هذا الحكم قد صدر اعمالا للشرط الفاسخ الصريح"؟.

الواقع ان هذه العبارة لا يجب ان يتخذ منها حجة يمكن ان ينادى على أساسها بان الحكم المستعجل بالطرد بسبب عدم الوفاء بالاجرة فى غير حالات الشرط الفاسخ الصريح لا يمكن توقى تنفيذه بالوفاء. فكما سبق وقلنا فان اختصاص القضاء المستعجل بدعوى الطرد مناطه الاساسى هو ركن الاستعجال، وهذا الركن يتوافر حتما عند وجود الشرط الفاسخ الصريح - ومن هنا جاء ذكر المشرع له - كما يمكن ان يتوافر ولو تخلف مثل هذا الشرط(٨٣) . المهم ان يكون حكم الطرد مستندا الى عدم الوفاء بالاجرة.

---

(٨٣) فقد حكم بانه يحل محل الشرط الفاسخ الصريح صدور حكم من المحكمة الموضوعية بفسخ الايجار. انظر: مستعجل اسكندرية - ١٩٣٧/٢/٤ - المحاماة - ١٨ - ١٨٧ مشار اليه لدى، محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، المرجع السابق، بند ٣٥١، ص ٦٦٢ هامش (٢).

وإذن، فالمعول عليه فى توقى التنفيذ هو أن يكون سبب حكم الطرد المستعجل هو التأخير أو عدم الوفاء بالاجرة، دون حاجة الى النظر حتما الى الرابط الذى حمل هذا التأخير أو الامتناع الى مصاف الاستعجال. فاذا فرض وصدر حكم من القضاء المستعجل بالطرد بسبب عدم سداد الاجرة كان ممكنا توقى تنفيذه عند توافر باقى الشروط، والتى ليس من بينها أنه صدر من قضاء مختص.

المطلب الثالث

سداد الاجرة والمصاريف والاتعاب عند التنفيذ

٥٠- لا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير فى سداد الاجرة - تقول المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ سابق الاشارة اليه - "اذا ما سدد المستأجر الاجرة والمصاريف والاتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر".

ويلاحظ أنه بامعان النظر فى هذا النص يبين أن واقعة السداد - وبالتالى ازالة المخالفة التى كانت وراء صدور الحكم - واقعة مركبة من واقعتين مترابطتين: الاولى تتعلق بمضمون السداد، والثانية تتعلق بالوقت الذى يصح معه السداد الواقى.

٥١- بالنسبة لمضمون السداد فانه يجب ان يشمل الاجرة والمصاريف والاتعاب، بحيث لا يمكن توقى التنفيذ الا اذا تحقق هذا المضمون بأكمله.

ويقصد بالاجرة الاجرة القانونية المحددة بمقتضى قرار لجنة التقدير الذى لم يطعن عليه، أو المحددة بمقتضى حكم بات صادر فى الطعن على هذا القرار، أو المحددة اتفاقا. ويضاف الى هذه الاجرة ما جعله القانون فى حكمها، كالضرائب والرسوم، واقساط فروق الايجار، وقيمة استهلاك المياه، والزيادة فى الاجرة المقررة نتيجة الترميم والصيانة(٨٤). وبعبارة مختصرة فان كل ما يلزم بادائه المستأجر يعتبر بمثابة اجرة(٨٥).

والاجرة بهذا المعنى والتى يجب الوفاء بها، هى الاجرة المستحقة، أى التى حل اجل الوفاء بها وقت السداد، وليس فقط التى رفعت دعوى الطرد بشأنها، أو حتى التى استحقت وقت صدور الحكم(٨٦).

ولا يجب أن يقتصر السداد على الاجرة المستحقة، وانما يجب أن يتناول أيضا المصاريف التى تكبدها المؤجر(٨٧) . ويقصد بذلك مصاريف

---

(٨٤) د. ابو الوفا، التعليق على قانون ايجار الاماكن، سابق الاشارة اليه، ص ٣١٨.
(٨٥) د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٣ والفقيه الكبير يلفت النظر (انظر، المرجع السابق، ص ٣٢٠) الى أن المادة ٢٣ من قانون المساكن رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ كانت توجب على المستأجر المتأخر فى دفع الاجرة أداء فوائدها بواقع ٧٪ من تاريخ الاستحقاق حتى تاريخ السداد، فى حين أن المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن بعدها المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - وهى وحدها السارية المفعول الآن - لا توجب ذلك.
(٨٦) وذلك لأن المطالب به كان الطرد لتقاعس المستأجر عن أداء الاجرة وليس المطالبة بقدر معين منها. وانظر فى حل مماثل بالنسبة لسداد الاجرة الواقى من صدور حكم الاخلاء الموضوعى: د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٢٤.
(٨٧) انظر فى ان عدم سداد المصروفات لا يدرء أيضا صدور حكم الاخلاء رغم سداد الاجرة: نقض ١٩٧٩/٤/٢٥، الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٤٥ ق، مشار اليه لدى د. أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٤٩ وهو ما ينطبق من باب أولى بالنسبة لدرء تنفيذ حكم الطرد المستعجل.

انذار التكليف بالوفاء، والمصاريف القضائية بما فيها الرسوم القضائية، ومصاريف التنفيذ.

وبالاضافة الى الاجرة والمصاريف، يجب على المستأجر إن أراد توقى تنفيذ حكم الطرد المستعجل أن يقوم ايضا بسداد الأتعاب. ويقصد بذلك النفقات الفعلية التى تكبدها المؤجر كأتعاب المحاماة "الفعلية" وليس فقط ما حكم به من مقابل لهذه الاتعاب.

وسداد المستأجر الاجرة والمصاريف والاتعاب، والواقى من التنفيذ، يتحقق عن طريق أدائها مباشرة للمؤجر، أو ايداعها خزانة المحكمة(٨٨) أو خزينة العوائد أو الوحدة المحلية، أو أدائها للمحضر عند اعلانه السند التنفيذى أو عند قيامه بالشروع فى التنفيذ(٨٩) . يستوى بعد ذلك ان يقوم المستأجر نفسه بالسداد أو يقوم بذلك شخص آخر عنه.

---

(٨٨) انظر فى أن عرض وايداع الاجرة والمصاريف والاتعاب خزانة المحكمة يفقد معه الحكم المستعجل قوته التنفيذية: الاشكال رقم ١٠٣٩ لسنة ٨٦ تنفيذ اسكندرية جلسة ١٩٨٨/٢/١٧، مشار اليه لدى: عبد الحميد المنشاوى وعبد الفتاح مراد، المشكلات العملية فى قضاء التنفيذ، الطبعة الأولى ١٩٨٨، منشأة المعارف، بند ٣٦ ص ١٦٠.

(٨٩) فنظرا لأن سداد المستأجر للاجرة والمصروفات الى المحضر يمنع من التنفيذ، أوجب الكتاب الدورى رقم ٢ لسنة ٧٧ محضرين ضرورة مراعاة ما يلى: عند تقديم حكم بالطرد صادر من القضاء المستعجل، ينبغى أن يشمل التوكيل بالتنفيذ ببيان المبالغ المطلوبة بموجب الحكم المنفذ بمقتضاه حتى تاريخ الحكم والمصاريف والاتعاب.

انظر فى هذا الصدد: عبد الفتاح مراد، أصول اعمال المحضرين فى الاعلان والتنفيذ، ١٩٨٩، مؤسسة شباب الجامعة، ص ٣٤٧ وما بعدها

٥٢- أما بالنسبة لوقت السداد، فان المشرع قد اشتراط أن يكون ذلك "عند التنفيذ". فالفرض أن المستأجر لم يتفاد اصدار الحكم عليه بالطرد اذا لم يبادر بالوفاء بالاجرة قبل اقفال باب المرافعة(٩٠). ولكن لن يكون معنى ذلك أنه قد أوصدت أمامه جميع السبل وأنه لا مفر من أن يخلى المكان والا تعرض للطرد جبرا. فقد أتاح له المشرع فرصة أخرى تتمثل فى أن قيامه

(٩٠) فقد ثار فى ذهن البعض أن نص المشرع فى المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ سالف الاشارة اليه على أنه ".. ولا يحكم بالاخلاء اذا قام المستأجر قبل اقفال باب المرافعة فى الدعوى باداء الاجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية" انما ينطبق فقط امام محكمة دعوى الاخلاء الموضوعية (من هذا الرأى: عبد الحميد عمران، أسباب الاخلاء فى قانون ايجار الأماكن والتعليق على نصوصه، ١٩٨٣، دار المطبوعات الجامعية، ص ٥٠ و ٥٤ لكن الرأى الجدير بالتأييد هو الذى يعطى هذا الحق فى توقى اصدار حكم الاخلاء أو الطرد حتى للمستأجر امام القاضى المستعجل (انظر فى هذا الرأى الأخير: د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٢٨) وهو يستند فى ذلك الى حجج ثلاث:
الاولى حجة منطقية وهى انه اذا كان المستأجر يملك تفادى تنفيذ الحكم المستعجل بالطرد بسداد الاجرة وتوابعها، فانه يملك ذلك من باب أولى لتفادى اصدار حكم عليه بالطرد.
والثانية حجة قانونية هى أنه يشترط لاعمال الشرط الفاسخ الصريح ألا يتعارض مع نص قانونى متعلق بالنظام العام بما يبطله، ولما كان القانون ينص على عدم الحكم بالاخلاء اذا قام المستأجر بأداء الاجرة المستحقة قبل اقفال باب المرافعة فى الدعوى، وكان هذا النص متعلقا بالنظام العام، فانه يبطل الشرط الفاسخ الصريح فيما يخالفه بحيث لا يعتبر المستأجر مقصرا فى سداد الاجرة بما يجيز اعتبار العقد مفسوخا وإخلائه.
والثالثة حجة قضائية وهى ان محكمة النقض قد ايدت حق المستأجر فى تفادى اصدار حكم مستعجل بطرده اذا قام بسداد الاجرة قبل اقفال باب المرافعة. وهو يشير فى ذلك الى حكم نقض ١٩٨٠/٣/٥ الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٩ ق ونقض ١٩٨٠/٤/٢ رقم ٥٨٤ لسنة ٤٦ ق.
ونضيف من جانبنا أن سداد المستأجر للاجرة أمام القضاء المستعجل يعنى انتفاء ركن الاستعجال ايمانا منا بأن العبرة فى توافره هى بوقت نظر الدعوى (انظر ما سبق بند ٤٧). فحتى اذا لم يوجد نص صريح يسمح للمستأجر بتفادى صدور حكم الطرد أو الاخلاء بسداد الاجرة اثناء قيام الدعوى، فان فى اعمال فكرة تخلف الاستعجال والحكم - بالتالى - بعدم الاختصاص ما يوصل الى ذات النتيجة.

بالسداد ولو بعد صدور الحكم وحتى اللحظة الأخيرة قبل تمام التنفيذ يدرء عنه هذا التنفيذ.

فالمستأجر يتوقى التنفيذ اذا قام بالسداد بعد اقفال باب المرافعة، أو بعد صدور الحكم وقبل اتخاذ مقدمات التنفيذ، أو بعد اتخاذ هذه المقدمات، أو اثناء المهلة التى قد يمنحها له القاضى المستعجل للاخلاء(٩١) ، أو خلال الفترة التى قد يكون التنفيذ خلالها موقوفا.

٥٣- أما اذا تم التنفيذ فان الوفاء بالاجرة بعد ذلك لا يقوم بدور وقائى ازاء التنفيذ وقد حدث بالفعل. على أن واقعة الوفاء هذه لن تكون عديمة الاثر، وانما يمكن أن تشكل اساسا لدور علاجى، دور يلغى التنفيذ بعد أن فات أوان منع نشوئه.

فيجب أن نضع موضعا متقدما فى الذهن أن المشرع قد تبصر الى ان مكنة توقى التنفيذ تسقط اذا تم التنفيذ دون وفاء، وأن ذلك قد يغرى المؤجر بأن يسارع بتنفيذ حكم الطرد دون أن يحدد للمستأجر موعدا حتى يفوت عليه الفرصة الأخيرة لدرء التنفيذ. صحيح أن البدء فى التنفيذ يستلزم من حيث المبدأ اتخاذ مقدمات من اعلان للسند التنفيذى وتنبيه المستأجر بضرورة الاخلاء وانتظار مهلة يوم على الاقل من تاريخ الاعلان، الا أن كل ذلك لا

(٩١) انظر فى أن القاضى المستعجل وان كان لا يملك اعطاء مهلة للمستأجر لدفع الاجرة، الا أن له أن يمنحه مهلة للاخلاء: محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل، ومحمد فاروق راتب، المرجع السابق، بند ٣٥٨. انظر ما يلى، بند ١٠٤. وقارن: د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٢٤ بخصوص تنفيذ حكم الاخلاء الموضوعى.

يؤكد للمستأجر تاريخا محددا تنتهى فية فرصة السداد ان أراد وبالتالى يتوقى التنفيذ، اذ ليس من بيانات الاعلان أو التنبيه تاريخ التنفيذ. ولذلك ليس هناك ما يمنع – من حيث المبدأ – أن يتم تحديد هذا التاريخ بناء على رغبة المؤجر ودون علم المستأجر، ويكفى فقط أن يتوافق هذا التاريخ مع ظروف عمل المحضر.

٥٤– أمام هذه الاعتبارات ورغبة من المشرع فى تمكين المستأجر – تحت وطأة أزمة الاسكان – من الاستفادة من فرصة توقى التنفيذ كاملة، اشترط "أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر". ما معنى هذه العبارة؟ وما هو الدور الذى يلعبه هذا الشرط فى توقى التنفيذ؟ للاجابة على ذلك نقول:

لا يقصد بهذه العبارة بالطبع أن لا يتم اجراء التنفيذ الا بعد اتخاذ مقدماته بأن تتحقق سلطة التنفيذ أولا من سبق استيفائها، فهذا المعنى مما تقتضيه القواعد العامة(٩٢)، ولن يضيف الشرط الذى وضعه المشرع بذلك جديدا.

كما أنه لا يقصد بهذه العبارة بالطبع ايضا ضرورة أن يتم اجراء التنفيذ فى حضور المستأجر(٩٣)، اذ لو كان المشرع يقصد هذا المعنى لذكره

(٩٢) انظر مع ذلك: د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٤٨، حيث يرى ان هذا الشرط مما تقتضيه القواعد العامة الا ان قانون المساكن رقم ١٣٦ قد استعذب تأكيده حرصا على مصلحة المستأجر وللتنبيه بوجوب التحقق دائما من اجرام التنفيذ فى مواجهته.

(٩٣) قارن: محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، المرجع السابق، بند ٣٦١ حيث يذهبون الى أنه وان كانت " القاعدة فى تنفيذ الأحكام أنه لا يلزم لتنفيذها حضور المنفذ ضده وقت التنفيذ بل أنه يجوز تنفيذها فى غيبته. ولكن المشرع رغبة فى اسباغ حماية خاصة على شاغلى الأماكن الخاضعة لقانون ايجار الأماكن، ولكثرة ما لوحظ من محاولة المؤجرين الالتجاء الى طرق ملتوية للتخلص من المستأجرين لتلك الأماكن، وادراكا منه بأن الأحكام المستعجلة انما تصدر مؤقتة وأخذا من ظاهر الأوراق فقد نص فى الفقرة ب من المادة ١٨... على أن المحضر

=

صراحة، خاصة وأن اللغة القانونية تعرفه. ثم ان اشتراط حضور المستأجر عملية التنفيذ سيجعلها متوقفة على مشيئته، وهى نتيجة لا يمكن القبول بها حيث أن مصلحته دائما فى عدم التنفيذ، وهو ما يدفعه بالتالى الى الغياب حتى يعرقل التنفيذ.

أما ما تقصده هذه العبارة فهو - من وجهة نظرنا - ضرورة أن يتم اعلان المستأجر بالتاريخ المحدد الذى تقرر أن يجرى فيه التنفيذ. فاعلانه بذلك فحسب لا يجعل التنفيذ مرهونا بمشيئته(٩٤)، ثم انه يحقق فكرة المواجهة، فى نفس الوقت الذى يضيف هذا المعنى جديدا الى ما تقتضيه القواعد العامة. أضف الى ذلك أن هذا المعنى الذى نقول به هو ما يتفق مع الدور المنوط بهذا الشرط القيام به.

فقد تطلب المشرع أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر بصدد الحكم المستعجل بالاخلاء دون الموضوعى. السبب فى ذلك أن الاول وحده هو الذى يمكن توقى تنفيذه بسداد الاجرة بعد صدوره والى ما قبل تمام تنفيذه، فيجب أن يعلم المحكوم عليه فيه الى أى مدى تظل مكنة السداد - وبالتالى درء التنفيذ - متاحة حتى يمكنه الاستفادة منها كاملة، ويكفى لتحقيق هذا اعلانه بالتاريخ

= يمتنع عليه تنفيذ هذا الحكم فى غيبة المستأجر المحكوم بطرده من القضاء المستعجل للسبب سالف الذكر".

(٩٤) على أن ذلك لا يعنى أن فكرة المواجهة لا تتحقق بحضور المستأجر. ففى اعتقادنا أن عدم اعلان المستأجر بتاريخ التنفيذ لا يمنع من اعتبار المواجهة متحققة اذا حدث وتواجد المستأجر وقت التنفيذ. فالمواجهة تتحقق اذن بالاعلان بتاريخ التنفيذ أو بحضور المنفذ ضده عملية التنفيذ ولو لم يسبق اعلانه بتاريخها. على ان تحقيق المواجهة من خلال سبق الاعلان بتاريخ التنفيذ يعد اكثر فائدة للمنفذ ضده، ولذلك يجدر بسلطة التنفيذ ان تراعى ذلك، خاصة وأن حضور المستأجر لحظة التنفيذ دون سبق اعلان - وهو الحضور المكافئ للاعلان - هو مسألة احتمالية.

المحدد للتنفيذ. صحيح أن هذه المكنة سوف تتاح ايضا - بل وعلى وجه افضل للمستأجر - اذا تطلبنا الحضور الفعلى وليس مجرد الاعلان بالتاريخ وبالتالى مجرد التمكين من الحضور، الا ان هذا المعنى كما قلنا يؤدى الى نتيجة لا يعقل التسليم بها.

معنى ذلك اذن أنه اذا تم تنفيذ حكم الطرد المستعجل وذلك فى مواجهة المستأجر بالمعنى السابق تحديده لفكرة المواجهة دون ان يقوم بالسداد، فان مكنة درء التنفيذ تسقط ولا تقوم لها قائمة. أما اذا حدث العكس بأن تم التنفيذ دون سبق اعلان المستأجر بتاريخ التنفيذ، فان هذه المكنة لا تعد ساقطة، وذلك لتخلف شرط من شروط سقوطها.

٥٥- وهنا يقفز الى الذهن السؤال الآتى: كيف يمكن للمستأجر الاستفادة من مكنة درء التنفيذ وهى وسيلة وقائية اذا قام بسداد الاجرة وتوابعها بعد أن تم التنفيذ بالفعل؟ أليس ما وقع لا يمكن توقيه؟

الواقع أنه ليس أمام المستأجر فى هذه الحالة سوى الوسائل العلاجية. فأمامه الدعوى الموضوعية لابطال التنفيذ، ولكن يعيب هذا الحل ما يستغرق الوصول اليه من وقت كثيرا ما يطول نظرا لبطء اجراءات التقاضى العادية. ولذلك يعد مثل هذا الحل مفضولا بآخرهواللجوء الى دعوى عدم الاعتداء بالتنفيذ الباطل اذ أن تمام تنفيذ حكم الطرد المستعجل دون تحقيق مبدأ المواجهة على الوجه الذى استلزمه المشرع، يعد منطويا على مخالفة لاجراء جوهرى يجعل هذا التنفيذ مجرد عقبة مادية، الأمر الذى يتوافر معه ركن

الاستعجال المبرر لدعوى عدم الاعتداد، وهى دعوى تجد مكانها الطبيعى بعد تمام التنفيذ – وهو الفرض فى حالتنا هذه – كما أنها تحقق مزية امكانية الوصول الى حل سريع نظرا لطبيعتها المستعجلة(٩٥).

المطلب الرابع
عدم كون الاخلاء لتكرار الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة.

٥٦ – اذا كان المشرع قد حرص على توفير كل حماية معقولة للمستأجر مراعاة منه لوطأة أزمة الاسكان، الا أنه لا ينظر فى ذلك الى المستأجر المماطل، والذى يعاود التأخير فى الوفاء بالاجرة المرة تلو الاخرى دون أن تكون لدية مبررات مقبولة، وهو ما يؤدى الى اعنات المؤجر ومشاغبة له باضطراره اياه للجوء للقضاء أكثر من مرة لاستجداء الاجرة منه(٩٦).

---

(٩٥) على أنه اذا كانت الاستعانة بدعوى عدم الاعتداد مفيدة فى بعض الحالات، فان تحمسنا لها لا يجب أن يحجب عنا حقيقة أن توافر الاستعجال كمناط لاختصاص قضاء التنفيذ المستعجل بها والحكم فيها مرهون بألا تقوم منازعة جدية من المؤجر تنفى تخلف عنصر المواجهة والذى – اى هذا التخلف – يجعل البطلان جوهريا. كما لا يجب أن يغيب عن الذهن ايضا انه حتى ولو نجح المستأجر فى استصدار حكم بعدم اعتداد بالتنفيذ الباطل، فان حصوله على الفائدة المرجوة منه – وهى تمكينه من استعادة العين التى تم طرده منها – قد يصطدم بأمر واقع يستحيل تغييره أو محو اثره كوجود مستأجر جديد بالعين حسن النية. انظر فى تقدير دعوى عدم الاعتداد بالتنفيذ كوسيلة لعلاج مخاطر قابلية التنفيذ للالغاء: للمؤلف، طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٩٣، بند ٢٣.

(٩٦) عبد الحميد عمران، المرجع السابق، ص ٦٩.

ولذلك فانه اذا كان تنفيذ حكم الطرد المستعجل للامتناع أو التأخير فى الوفاء بالأجرة يمكن توقيه بالشروط السابق ذكرها، فان هذه الرخصة لا تتوافر اذا كان الطرد مستندا الى "تكرار" الامتناع أو التأخير.

جاءت بهذا الشرط "السلبى" المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ سالف الذكر. فبعد أن تعرضت هذه الفقرة لتوقى صدور حكم الاخلاء أو الطرد المستعجل اذا أوفى المستأجر بما هو مستحق عند التنفيذ، تعرضت بعد ذلك لحالة التكرار فى الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة المستحقة ولم تصرح بجواز درء التنفيذ. فبعد ان صرحت المادة سالفة الذكر "... اذا ما سدد المستأجر الاجرة..." أردفت ذلك بقولها "فاذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره... حكم عليه بالاخلاء أو الطرد بحسب الاحوال" ودون ان تتعرض لمكنة توقى التنفيذ فى هذه الحالة.

ولما كان الاصل أن تنفيذ حكم الطرد لا يمكن تلافيه عن طريق الوفاء بالاجرة أو ازالة سبب المخالفة التى سببت الطرد أيا كانت - فالقانون يعتد بسند التنفيذ فى حد ذاته مجردا عن الحق الموضوعى، ثم ان الحكم قد صدر بالطرد وليس بالزام بالوفاء - فان الخروج على هذا الاصل لا يكون الا بنص خاص، كما هو الحال مثلا عندما صرح المشرع بعدم تنفيذ حكم الطرد بسبب التأخير فى سداد الاجرة اذا ما قام المستأجر بالسداد قبل تمام التنفيذ. فاذا تعرض المشرع لحالة التكرار فى التأخير أو الامتناع ولم يلجأ الى اعمال الاستثناء - على فرض توافر مقتضياته - فان ذلك يعنى ارادة تطبيق الاصل على هذه الحالة.

٥٧- ولا يقدح فى هذه النتيجة أو يؤثر فيها القول بأن قواعد التفسير تسمح بالقياس فى هذا الشأن. فمن ناحية أولى، لا شك فى أن اعتبار توقى تنفيذ الحكم بمثابة استثناء يجعل القياس عليه محل نظر، فالاستثناء عند جمهور الاصوليين لا يقاس عليه. ومن ناحية ثانية، فانه على فرض السماح بالقياس على الاستثناء فان مفترضاته لا تتوافر فى حالتنا هذه: فهناك واقعة تأخير أو امتناع "وحيدة" قد يكون لها مبرر وهنا حالة "تكرار" للتأخير أو الامتناع ولم يثبت لها مبرر. ومن ناحية ثالثة، فان المشرع وان لم يصرح بعدم جواز توقى تنفيذ حكم الطرد للتكرار، فان فى صياغته للمادة ١٨ (ب) ما يستشف منه تعبيرا ضمنيا عن ارادة اقتصار مكنة توقى التنفيذ على التأخير أو الامتناع الوحيد ودون امتدادها الى حالة التكرار. فهذه المادة قد حلت محل المادة ٣١ (أ) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وليس من جديد فيها سوى أن المشرع قد نقل العبارة التى تناولت حالة التكرار من موضعها المتقدم على مسألة توقى تنفيذ الحكم المستعجل (وهو ترتيب ما كان يمنع من توقى تنفيذ الحكم المستعجل ولو كان الطرد بسبب التكرار) الى موضع لاحق على مسألة توقى التنفيذ(٩٧)، الأمر الذى يفهم منه وعى المشرع - وقد أعاد الترتيب ليس

(٩٧) مع ملاحظة أن من الجديد ايضا اضافة عبارة "ويشرط ان يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر" وهى اضافة لا اثر لها بالنسبة للمسألة محل البحث، وهى اثر التكرار على توقى التنفيذ.
واما اضافة عبارة "أو الطرد بحسب الاحوال"، فهى ايضا من الجديد فى الفقرة أ من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ بالمقارنة لما كان يقابلها فى الفقرة أ من المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩. انظر فى مغزى هذه الاضافة الأخيرة: هامش (٩٨).

اكثر – بان الحكم المستعجل الصادر نتيجة التكرار يخرج من مجال الاستثناء السابق عليه، وانه يريد اخضاعه لحكم الاصل(٩٨).

خلاصة القول اذن أن تكرار الامتناع أوالتأخير فى الوفاء بالأجرة مانع من توقى اصدار حكم الطرد(٩٩) (أو الاخلاء)، كما أنه مانع من توقى تنفيذ هذا الحكم. بمعنى ان سداد المستأجر للاجرة قبل اقفال باب المرافعة لا يحول دون اصدار حكم بطرده(١٠٠) ، كما أن سداده للاجرة عند التنفيذ لا يدرء عنه

---

(٩٨) ولا يصح ان ينال من هذا النظر أو يفت فى عضده القول بان المشرع قد نقل عبارة "فاذا تكرر امتناع المستأجر..." من موضعها المتقدم على موضوع مسألة توقى تنفيذ الحكم المستعجل وذلك الى موضعها الحالى اللاحق على توقى التنفيذ وذلك حتى ينصرف أثرها – والمتمثل اساسا فى منع توقى اصدار حكم الاخلاء أو الطرد ولو قام المستأجر بالسداد قبل اقفال باب المرافعة – سواء على القضايا التى يختص بها القضاء العادى أو القضاء المستعجل على حد سواء. فهذا القول وان كان لا يجافى الحقيقية، بدليل ان المشرع قد اضاف فى النص الجديد عبارة "أو الطرد بحسب الاحوال" مما يؤكد ان التكرار كما يجيز اصدار حكم الاخلاء من محكمة الموضوع، فانه يجيز ايضا اصدار حكم الطرد من القاضى المستعجل ولو قام المستأجر بالسداد قبل اقفال باب المرافعة، ا لا ان الوصول الى النتيجة وحدها – عمومية أثر التكرار أى أن يخرم المستأجر من رخصة توقى اصدار حكم ضده بالاخلاء أو الطرد على حد سواء – كان يسير المنال بان تظل العبارة التى تتناول حالة التكرار فى موضعها المتقدم على مسألة توقى تنفيذ الحكم المستعجل مع تعديل بسيط فى الصياغة يتمثل فى اضافة عبارة "أو الطرد بحسب الاحوال". أما وقد قام المشرع فى القانون الجديد بعمل هذا التعديل البسيط فى الصياغة، ولكنه لم يقنع به فنقل العبارة التى تنظم حالة التكرار من موضعها القديم الى نهاية الفقرة، فهو سلوك لا نجافى ايضا الحقيقة اذا قلنا انه يعبر بوضوح – وان كان غير صريح – عن إرادته فى أن تكرار التأخير فى سداد الاجرة يؤدى ليس فقط الى جواز الحكم المستعجل بالطرد – ولا يمكن درء صدروه بالسداد قبل اقفال باب المرافعة – وانما ايضا الى عدم جواز درء تنفيذه بالسداد عند التنفيذ.

(٩٩) الا اذا كان امتناعه أو تأخيره له مبرر قبلته المحكمة. فنص المادة ١٨ (ب) يقول: "فاذا تكرر امتناع المستأجر... دون مبررات تقدرها المحكمة...".

(١٠٠) فاذا كان سداد الاجرة قبل اقفال باب المرافعة يمنع اصدار حكم مستعجل بالطرد اذا كان التأخير فى الوفاء لأول مرة (وذلك استنادا الى الرخصة التى اقرتها المادة ١٨ (ب) فى عبارتها التى تقول "... ولا يحكم بالإخلاء اذا قام المستأجر قبل اقفال باب المرافعة بسداد الاجرة.."، وحتى اذا لم توجد هذه الرخصة فى النص، فانه كان

=

التنفيذ(١٠١)، كل ذلك بشرط أن يكون الطرد قد استند الى "تكرار" الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة

٥٨- والسؤال الذى يحق لنا أن نطرحه هنا ولا نخاله يخرج عن اطار هذه الدراسة - والتى تتعلق بالتنفيذ الجبرى - هو الآتى: متى نكون أمام حكم طرد مستعجل صدر بسبب تكرار امتناع المستأجر أو تأخيره فى الوفاء بالاجرة المستحقة؟ ولا شك فى اهمية تحديد هذا الحكم، اذ سوف يتضح لنا ما ينبنى على ذلك من نتائج فى مجال التنفيذ الجبرى.

لا صعوبة فى الأمر اذا ظهر جليا من منطوق الحكم أو اسبابه انه صادر بالطرد بسبب تكرار امتناع المستأجر أو تأخيره فى الوفاء بالاجرة المستحقة(١٠٢).

= يمكن الوصول اليها من خلال فكرة تخلف ركن الاستعجال وقت نظر الدعوى)، فانه لا تتوافر بالنسبة لحالة التكرار مفترضات توقى صدور الحكم المستعجل. فمن ناحية لم ينص المشرع على توقى إصدار حكم الطرد إلا فى غير حالة التكرار، ومن ناحية ثانية فإن سداد الأجرة أثناء قيام دعوى الطرد المستعجلة لا يزيل ركن الاستعجال إذا كان منشأه هو حالة التكرار.

(١٠١) ولذلك اذا فرضنا وقام المستأجر قبل اقفال باب المرافعة فى دعوى الطرد المستعجلة بسبب "تكرار" الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة المستحقة، بسداد الاجرة ولم يقدم مبررات قدرتها المحكمة فحكمت عليه بالطرد رغم ذلك - وهو أمر جائز - فلن يكون مقبولا بعد ذلك تحديه بالنص الذى يعطى للمستأجر رخصة توقى تنفيذ حكم الطرد المستعجل، وذلك بالاستناد الى واقعة الوفاء السابقة، والا لأصبح النص على الحكم بالطرد عند التكرار - ورغم السداد - لغوا، وهو ما يجب ان ننزه عنه الشارع.

(١٠٢) وسوف يزداد الأمر تأكيدا لو كان الحكم قد تعرض لواقعة قيام المستأجر بالسداد قبل اقفال باب المرافعة وأن ذلك لم يحل دون صدور حكم الطرد بالنظر الى ان مبررات التكرار لم تقنع المحكمة.

كما لا صعوبة في الأمر ايضا اذا فرض وحدث أن حسم الحكم مسألة توقى التنفيذ فقضى فيها مع مسألة الطرد(١٠٣).

انما تثور الصعوبة اذا لم يكن ممكنا استظهار ما اذا كان الحكم صادرا فى دعوى عدم وفاء أو دعوى تكرار عدم وفاء. ووجه الصعوبة أنه سيكون من سلطة المحضر – وهو ليس من رجال القانون – التحقق من هذا أو ذاك ويتصرف على ضوئه. اذ لو انتهت قناعة المحضر إلى ان الحكم يعد صادرا فى دعوى تكرار فانه لن يمتنع عن التنفيذ لمجرد سداد المستأجر للاجرة المستحقة، كما انه لن يحرص على التحقق من ضرورة ان يكون التنفيذ فى مواجهة المستأجر، فمثل هذا أو ذاك لا تثور لأيهما اهمية الا بالنسبة للحكم الصادر فى دعوى عدم وفاء دون تكرار(١٠٤).

---

(١٠٣) والواقع أنه من الصعب التسليم بأن لمحكمة دعوى الطرد أو الاخلاء سلطة التعرض لهذه المسألة. اذ ان الحكم اما انه صادر فى واقعة امتناع أو تأخير أولى واما انه صادر فى واقعة تكرار. وفى الحالة الاولى يتوافر الحق فى توقى التنفيذ، وفى الحالة الثانية ينتفى، وذلك بقوة القانون دون حاجة الى ذكر ذلك فى الحكم. تماما كما فى حالات النفاذ المعجل بقوة القانون، فالمحكمة التى تصدر حكما يدخل ضمن هذه الحالات لا تتعرض لهذه المسألة حتى ولو كان قد طلب منها ذلك.

(١٠٤) ولعل فى خضوع المحضر لاشراف قاضى التنفيذ ما يخفف من حدة المشكلة. اذ يستطيع المحضر ان يعرض اوراق التنفيذ – ومن بينها الحكم – على قاضيه لينصحه بما يجب فعله. ولكن الصعوبة فى ان اشراف قاضى التنفيذ من حيث المبدأ هو اشراف "لاحق" ومن ثم فانه لا يمنع المحضر من المبادرة واتخاذ اجراءات التنفيذ وطرد المستأجر ثم يعرض الاوراق بعد ذلك على قاضى التنفيذ. ولن تكون مبادرة المحضر – فى ذاتها – سببا لابطال التنفيذ.

على أن ما يخفف من ذلك مرة ثانية هو ان التعليمات الادارية لمحضرى التنفيذ تفرض عليهم – اداريا – استئذان قاضى التنفيذ مسبقا قبل تنفيذ احكام الطرد أو الاخلاء

كما ان طلب وقف التنفيذ الذى قد يرفعه المستأجر الى المحضر عند التنفيذ وما يرتبه هذا الطلب من اثر موقف للتنفيذ طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات (عندما يكون طلبا أول، أو أول طلب مقدم منه بصفته الملتزم الأصلى فى السند التنفيذى) من شأنه أن =

٥٩- بقى ان نشير الى أن حالة التكرار تتوافر اذا كانت واقعة التأخير أو الامتناع المرفوعة بها دعوى التكرار مسبوقة بواقعة تأخير أخرى. على أنه لا يكفى لتوافر واقعة التأخير السابقة الاخرى هذه أن يكون قد حدث مجرد فعل من افعال التراخى فى الوفاء وانما يجب أن يكون هذا الفعل قد رفعت به دعوى قضائية موضوعية بالاخلاء، بل وروعيت فيها الاجراءات المنصوص عليها فى قانون الايجارات من إنذار ومهلة(١٠٥). على انه يستوى بعد ذلك أن يكون فعل التأخير السابق(١٠٦) قد حدث فى ظل القانون الحالى أو فى ظل قانون سابق، حتى ولو كان هذا الاخير لم يكن يعرف تكرار التأخيركسبب للاخلاء(١٠٧).

= يتيح فرصة كافية لحسم مسألة ما إذا كان الحكم مما يتوقى تنفيذه أم لا، وهو ما يخفف كذلك من حدة المشكلة.

(١٠٥) فلا يكفى ان تكون الواقعة السابقة قد رفعت بشأنها دعوى بالطرد أمام القضاء المستعجل، انظر الاحكام المشار اليها فى هذا المعنى والمذكورة لدى عبد الحميد عمران، المرجع السابق، ص ٦٧، هامش ٣،٢ كما لا يكفى من باب اولى ان تكون واقعة التأخير السابقة قد أدت فقط الى استصدار أمر اداء بالاجرة المتأخيرة (انظر نقض ١٩٨١/١/١٧، طعن رقم ٩٤٠ لسنة ٤٥ ق).

(١٠٦) والفرض انه قد توقى المستأجر نتيجته بأن قام بسداد الاجرة قبل اقفال باب المرافعة فامتنع صدور حكم بالاخلاء، أو انه صدر نتيجة عدم السداد فقام المستأجر باستئنافه والسداد فحكم قضاء الاستئناف بالغائه، وفى كل احتفظ المستأجر بالسكن. إذ لو كانت واقعة الامتناع الاولى قد أدت الى صدور حكم نهائى بالاخلاء، لكان معنى ذلك ان المستأجر قد اخلى مسكنه وبالتالى لا يتصور ان تثور منازعة حول تكرار التأخير.

(١٠٧) انظر نقض ١٩٧٨/٢/١٥ س ٢٩ ص ٤٧٨، مشار اليه لدى عبد الحميد عمران، المرجع السابق، ص ٦٦.

المبحث الثانى
وقف الإخلاء الجبرى

٦٠- تمهيد:

قد يتوافر السند التنفيذى، ويأخذ الشكل المطلوب للتنفيذ، وتتوافر فيه شروط الحق فى الاخلاء الجبرى، ومع ذلك قد يتعطل التنفيذ لبعض الوقت. فقد يطلب المنفذ ضده وقف التنفيذ وتحكم له المحكمة المختصة بذلك، بل وقد يترتب مثل هذا الوقف منذ تقديم الطلب.

والسؤال الذى يطرح نفسه فى هذا الصدد هو: هل هناك حاجة الى نظام لوقف تنفيذ الاخلاء الجبرى رغم وجود سند تنفيذى يؤكد الحق فى الاخلاء؟ فاذا ما ثبت لدينا احتياج الاخلاء الجبرى إلى الوقف، كان علينا بعد ذلك التصدى للبحث فى مدى استجابة النظام القانونى لوقف التنفيذ لمثل هذه الحاجة وذلك بالنسبة لكل سند من سندات الاخلاء الممكنة على حدة. وهكذا يمكن ان نوزع الدراسة فى هذا المبحث بين مطالب اربعة نخصص الأول منها لمدى الحاجة الى تطبيق نظام وقف التنفيذ فى مجال الاخلاء الجبرى، ثم نخصص المطالب الثلاثة الباقية لدراسة تطبيقية على سندات الاخلاء المختلفة ونقصد بذلك أساسا الاحكام القضائية وقرارات النيابة العامة والقرارات الادارية.

المطلب الاول

الحاجة الى تطبيق نظام وقف التنفيذ فى مجال الاخلاء الجبرى

٦١- ليس هنا مكان المعالجة التفصيلية لحتمية الحاجة الى نظام لوقف التنفيذ فى مواجهة قابلية التنفيذ الجبرى عموما للالغاء وما قد ينجم عن ذلك من أضرار لن يكون ممكنا تلافيها الا من خلال وقف التنفيذ(١٠٨). وتبدو هذه الحاجة اكثر الحاحا فى مجال الاخلاء الجبرى.

ذلك أن سند الاخلاء الجبرى ليس بالضرورة محصنا ضد الالغاء، بل قد لا نتجاوز الحقيقة اذا قلنا بأن احتمالات هذا الالغاء واردة فى مجال الاخلاء الجبرى اكثر من مجالات أخرى كثيرة. فالحكم القضائى كسند للاخلاء يقبل الالغاء من خلال طرق الطعن العادية منها أحيانا أو غير العادية أحيانا أخرى. فاذا بدأنا بالحكم المستعجل القاضى بالطرد نجد أنه يقبل الطعن فيه بالاستئناف فى جميع الاحوال، وهو طريق طعن عادى وبالتالي تكون فرصة الغائه متوافرة بدرجة كبيرة نظرا لجوازتقديم وقائع جديدة فى الاستئناف لم يسبق عرضها على القاضى المستعجل الذى أصدر الحكم. بل أن الحكم المستعجل القاضى بطرد المستأجر لعدم الوفاء بالاجرة يتوجب الغاؤه فى الاستئناف اذا ما قام المستأجر بالوفاء بالاجرة ولو قبل اقفال باب المرافعة فى الاستئناف(١٠٩). واذا ما ثنينا بعد ذلك بالحكم الموضوعى الصادر بالاخلاء،

---

(١٠٨) انظر فى المعالجة التفصيلية لهذه المسألة: المؤلف، طلبات وقف التنفيذ، سابق الاشارة اليه، بند ٧ وما يليه.

(١٠٩) هذا ما لم يكن قد قام المستأجر بالوفاء بالاجرة ولو عند التنفيذ وترتب على ذلك ايضا درء الطرد.

فهو قد يصدر من المحكمة الابتدائية مشمولا بالنفاذالمعجل وعندئذ يمكن الطعن فيه بالاستئناف وينفتح بذلك باب يمكن من خلاله الغاؤه. أما اذا كان حكم الاخلاء قد صدر – أو تأيد – من محكمة الاستئناف، فهنا أيضا لن يعدم المحكوم عليه وسيلة لالغائه اذا ما توافر سبب من أسباب الطعن بالتماس اعادة النظر أو النقض.

وما يصدق على الحكم القضائى يصدق أيضا على غيره من السندات التنفيذية فى مجال الاخلاء. فهو يصدق على قرارات النيابة العامة الصادرة طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات عندما تكون سندا للاخلاء الجبرى. اذ هذه القرارات تقبل دائما التظلم أمام القاضى المختص بالامور المستعجلة، والذى يمكنه الحكم بالغائها(١١٠). وحتى لو قررت النيابة ما يفيد الاخلاء وأيدها فى ذلك قاضى الامور المستعجلة، فان فرصة الالغاء لا تزال قائمة من خلال الطعن بالاستئناف – ناهيك أنه طريق عادى وجائز دائما – فى الحكم المستعجل. وهو يصدق أيضا على القرارات الادارية والتى تقبل التظلم أوالطعن فيها بالالغاء.

٦٢– ومتى تأكد لدينا قابلية سند الاخلاء للالغاء، فانه يترتب على هذا الفهم نتيجة منطقية مفادها قابلية عملية الاخلاء الجبرى ذاتها للالغاء(١١١). وقد

---

(١١٠) فقد نصت المادة ٤٤ مكرر مرافعات على أنه بالنسبة للقرار الصادر من النيابة فى منازعة من منازعات الحيازة "... وفى جميع الاحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أمام القاضى المختص بالامور المستعجلة... ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقتى بتأييد القرار أو بتعديله أو بالغائه...".

(١١١) انظر فى الغاء التنفيذ كأثر يترتب على الغاء الاحكام بعد تنفيذها: د. احمد زغلول آثار الغاء الاحكام بعد تنفيذها، سابق الاشارة اليه، بند ٣٣ وما يليه.

يبدو لأول وهلة أن الغاء السند التنفيذى وما يستتبعه من الغاء الاخلاء كاف لعلاج المشكلة. والواقع ان هذا القول وان كان يبدو مقبولا حيث أن الالغاء هنا يعنى اعادة الحال الى ما كانت عليه، الا أن هذه الاعادة كثيرا ما تصطدم بعقبات لا يمكن التهوين منها من حيث الواقع أو القانون(١١٢). يكفى أن نشير فى ذلك الى قيام مالك العقار بهدمه بعد اتمام الاخلاء وقبل الغاء سنده، أو بتأجيره الى مستأجر حسن النية بحيث لا يكون حكم الالغاء حجة فى مواجهته. مثل هذه الواقعة أو تلك تؤدى الى استحالة أو تعذر اعادة الحال الى ما كانت عليه. وحتى اذا كانت اعادة الحال "ممكنة" فانها لن تكون دائما "كاملة". اذ أن حرمان المنفذ ضده من الانتفاع بالعين أو استغلالها خلال الفترة بين الاخلاء والالغاء لن يكون ممكنا اشباعه بأثر رجعى، وانما سيقتصر ذلك على الفترة التى تبدأ منذ الالغاء فقط(١١٣).

٦٣- وأمام هذه المضار التى قد تصيب المنفذ ضده والذى تم اخلاؤه جبرا من المكان وأعيد له الحق فى الرجوع ثانية، كانت الحاجة الى نظام لوقف التنفيذ بداية عندما يكون مرجح الالغاء. فمثل هذا الوقف يحول دون الاخلاء رغم وجود الحق فيه، وبالتالى يجنب المهدد به مخاطر عدم امكان أو عدم كفاية اعادة الحال الى ما كانت عليه، وبحيث لا يتم التنفيذ الا اذا لم يعد

---

(١١٢) انظر فى هذه العقبات: للمؤلف، المرجع السابق، بند ١٣ وما يليه.

(١١٣) ولا يقدح فى هذه النتيجة القول بأن المنفذ ضده سوف يستحق تعويضا عن الفترة التى حرم خلالها من العين. فمثل هذا التعويض يتوقف الحكم به على ضرورة توافر عدة شروط قد لا تكون متوافرة. يكفى ان نشير فى هذا الصدد إلى أن مجرد تنفيذ صاحب الحق فى الالغاء لسنده لا يعد فى ذاته خطأ حتى يمكن أن تقوم لمسئوليته قيامة. انظر فى شروط التعويض عند الغاء التنفيذ كأثر لالغاء سنده خاصة اذا كان هذا الاخير حكما: د. احمد زغلول: المرجع السابق، بند ٢٢٤ وما يليه.

سند الاخلاء قابلا للالغاء. فعندئذ لن يكون هناك مبرر للوقف اللهم الا اذا كان هناك عيب فى اجراءات التنفيذ ذاتها.

ومتى أوضحنا هذه المعانى، فان توقى الاخلاء الجبرى من خلال نظام وقف التنفيذ يعد حلا مثاليا يجب العثور عليه فى التنظيم القانونى للاخلاء الجبرى والا وجب تقنينه.

والواقع ان التنظيم القانونى للتنفيذ الجبرى عموما يعرف قواعد لوقف التنفيذ تنطبق على التنفيذ بالاخلاء كما تنطبق على غيره من صور التنفيذ المباشر وكذلك على التنفيذ بالحجز. نقصد بذلك التنظيم القانونى لطلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن(١١٤).

فاذا تناولنا هذا التنظيم فى انطباقه على الاخلاء الجبرى، فان نقطة الانطلاق تتحدد فى رأينا من خلال التفرقة بين السندات التنفيذية المختلفة التى يمكن أن تصلح سندا للاخلاء الجبرى.

المطلب الثانى

وقف الاخلاء الجبرى الصادر به حكم قضائى

٦٤- عندما يكون سند الاخلاء الجبرى حكما قضائيا، فان وقف التنفيذ يمكن الوصول اليه من خلال طلب بذلك يقدم إما لمحكمة الطعن وإما لمحكمة

---

(١١٤) انظر فى دراسة تفصيلية لهذا النظام: المؤلف، المرجع السابق.

التنفيذ، وذلك بحسب السبب الذى يستند اليه الطلب، كما يتصور الجمع بين الطريقين عند تعدد السبب وتنوعه.

٦٥- فيمكن طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن وبمناسبة الطعن فى حكم الاخلاء. تستوى فى ذلك محكمة الطعن العادى أم غير العادى. فعندما يكون سند الاخلاء حكما مستعجلا فانه يمكن طلب وقف تنفيذه من محكمة الاستئناف تبعا للاستئناف المرفوع بالفعل أمامها فى الحكم المستعجل والمشمول - بالطبع - بالنفاذ المعجل. وحتى اذا كان سند الاخلاء حكما موضوعيا ولكنه مشمول بالنفاذ المعجل(١١٥)، فان طلب وقف تنفيذه من محكمة الاستئناف تبعا للطعن المرفوع عن هذا الحكم يعد مقبولا. أما اذا كان الحكم سند الاخلاء حكما حائزا لقوة الأمر المقضى لصدوره من محكمة الاستئناف، فان فرصة ايقاف تنفيذه لن تكون معدومة. اذ قد يكون هذا الحكم قابلا للطعن فيه بالتماس اعادة النظر أو النقض عند وجود سبب من اسباب هذا الطعن أو ذاك، وعندئذ ايضا يجوز تقديم طلب بوقف التنفيذ تبعا للطعن المرفوع.

السند التشريعى فى كل ما سبق هو نص المادة ٢٩٢ مرافعات ومن قبلها المادتان ٢٤٤ و ٢٥١ من القانون نفسه. فالاولى اعطت للمنفذ ضده طلب وقف التنفيذ من محكمة الاستئناف اذا كان الحكم بالاخلاء أو الطرد مشمولا بالنفاذ المعجل، والثانية أعطت له نفس المكنة ولكن امام محكمة الالتماس اذا كان حكم الاخلاء نهائيا ومحل طعن بالالتماس، أما الثالثة فقد اعطت له ايضا

(١١٥) نحن نستبعد - بالطبع - من نطاق البحث حالة ما اذا كان الحكم الموضوعى بالاخلاء ابتدائيا وغير مشمول بالنفاذ المعجل. فعندئذ لا يكون مثل هذا الحكم سندا تنفيذيا وبالتالى لا حاجة الى طلب وقف تنفيذه من محكمة الطعن.

مكنة طلب الوقف ولكن من محكمة النقض عندمـا يكون حكم الاخـلاء نهائيا مطعونا فيه بالنقض.

على أنه يشترط لعقد الاختصاص بطلب الوقف لمحكمة الطعن أيا كـانت أن يكون السبب الذى يستند اليه طالب الوقف عيبـا يتعلق بـالحكم سند التنفيذ ويرجح معه الغاؤه(١١٦)، وليس عيبا يتعلق بالعملية التنفيذيـة. كمـا انـه يشترط لقبول الطلب ألا يكون الاخلاء قد تم وقت تقديم الطلب أو حتى بعد تقديمه وقبل الحكم فيه(١١٧)، وأن يقدم طلب الوقف بالتبعية للطعن(١١٨). فاذا ما انعقد الاختصاص لمحكمة الطعن وكان الطلب مقبولا، فانه يشترط للحكم بالوقف أن يتوافر ركن الاستعجال أو الضرر الموصوف(١١٩)، كما يشترط أن يتوافر ركن ترجح الغاء الحكم(١٢٠).

---

(١١٦) انظر فى وجوب هذا الشرط كمعيار للاختصاص بطلبات الوقف والذى عقده المشرع – استثناء – لمحكمة الطعن فى بعض الاحوال: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٣٦ وما يليه.

(١١٧) أنظر فى هذا الشرط من شروط القبول، والاستثناء المقرر فى هذا الشأن بالنسبة لطلبات الوقف المقدمة لمحكمة النقض حيث أن تمام التنفيذ بعد تقديم طلب الوقف لن يحول دون قبوله وبحيث ينصرف اثر الحكم الصادر بالوقف عندئذ الى ما حدث من تنفيذ منذ تقديم الطلب ويزيله: المؤلف، المرجع السابق، بند ٣٢ وما يليه.

(١١٨) أنظر فى المقصود بشرط التبعية هنا: المؤلف، المرجع السابق، بند ٥٧ وما يليه.

(١١٩) انظر فى ضرورة توافر الضرر الجسيم اذا كان طلب الوقف مقدما لمحكمة الاستئناف، وضرورة ان يضاف الى صفة الجسامة فى الضرر صفة اخرى هى تعذر التدارك اذا كان الطلب معروضا على محكمة الالتماس أو النقض، والمقصود بهذه المعانى: المؤلف، المرجع السابق، بند ٩٢ وما يليه.

(١٢٠) أنظر فى ضرورة هذا الشرط حتى بالنسبة للحكم بالوقف من محكمة الالتماس أو النقض رغم عدم النص عليه صراحة بصددها: المؤلف، المرجع السابق، بند ١١٠ وما يليه.

٦٦- وبالاضافة الى مكنة طلب وقف تنفيذ حكم الاخلاء من محكمة الطعن، فانه يجوز للمنفذ ضده أن يطلب أيضا الوقف من قاضى التنفيذ عندما يستند فى طلبه الى عيب يتعلق بالنشاط التنفيذى ذاته، كما لو أريد اجراء الاخلاء الجبرى ضده دون سبق اتخاذ مقدمات التنفيذ مثلا. فاستناد طلب الوقف الى مثل هذا السبب يجعل الاختصاص منعقدا لقاضى التنفيذ، باعتبار أننا أمام منازعة تنفيذ وقتية جعلها المشرع من اختصاص قاضى التنفيذ دون غيره وذلك طبقا للمادتين ٢/٢٧٥ و٣١٢ مرافعات(١٢١).

فاذا ما أنعقد الاختصاص بطلب الوقف لقاضى التنفيذ، ثارت مسألة القبول بعد ذلك. وهنا يكفى ألا يكون التنفيذ قد تم وقت تقديم الطلب حتى يكون مقبولا. أما اذا اكتمل التنفيذ بعد تقديم الطلب وقبل الحكم فيه، فان قبول الطلب رغم ذلك سوف يتأثر الا فى أحوال استثنائية(١٢٢). ولا يشترط غير ذلك لقبول الطلب، بمعنى أنه لا يشترط هنا أن تكون المنازعة الموضوعية التى يستند اليها طالب الوقف قد رفعت(١٢٣). واذا انعقد الاختصاص وتوافر القبول، فان شروط الحكم بالوقف من قاضى التنفيذ يحكمها - كما فى حالة طلبه من

---

(١٢١) أنظر فى انعقاد الاختصاص لقاضى التنفيذ دون غيره بطلب الوقف المستند الى مثل هذا السبب: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٦٤ وما يليه.

(١٢٢) نقصد بذلك الاحوال التى يكون فيها رفع طلب الوقف موقفا للتنفيذ بقوة القانون ورغم ذلك تم التنفيذ بعد رفعه. انظر فى هذه المسألة: المؤلف، المرجع السابق، بند ٣٦.

(١٢٣) أنظر فى عدم ضرورة هذا الشرط لقبول طلب الوقف الداخل فى اختصاص قاضى التنفيذ والحكمة من عدم ضرورته: المؤلف، المرجع السابق، بند ٥١ وما يليه.

محكمة الطعن – شرطـــــان هما الاستعجال – وان كـان مفترضـا هنـا(١٢٤)- وترجح الغاء التنفيذ(١٢٥).

٦٧- واذا كان طلب وقف التنفيذ الداخل فـى اختصـاص قـاضى التنفيذ يختلف في سببه – وهو ما قلنـاه – عن ذلك الداخل فـى اختصـاص محكمة الطعن، فانه من المتصور اللجوء بطلب مستقل لوقف الاخلاء الجبرى الى كل منهما، وانعقاد الاختصاص لكليهما فى نفس الوقت(١٢٦).

وتبدو أهمية هذا الجمع من الناحية العملية على نحـو ظـاهر. اذ أن طلب الوقف المقـدم لمحكمـة الطعـن لا يـترتب علـى مجـرد تقديمـه أى أثـر بالنسبة للتنفيذ، والذى يصح أن يستمر وينتهى تماما رغم أن الطلب مـازال قائمـا. بـل ان تمام التنفيذ بعد تقديم الطلب يجعلـه مـن حيث المبدأ غـير مقبـول باستثناء طلب الوقف من محكمة النقض. ففـائدة طلـب الوقـف مـن محكمـة الطعـن لـن تتحقق الا بعد صدور حكم بالوقف من هذه المحكمة وعلى فرض أن التنفيذ لـم يكن قد تـم قبـل ذلـك. بينمـا طلـب الوقـف المقدم لمحكمـــة التنفيـذ فانـه يرتـب وبمجرد رفعه وقفا حتميا للاخـلاء وبقـوة القـانون ولـو تـم ابـداؤه شـفاهة أمـام المحضر عند التنفيذ، وذلك عندمـا يكـون أول طلـب وقـف موجـه الـى عمليـة الاخلاء أيا كان مقدمه، أو أول طلب مقدم من المحكوم عليه بالاخلاء ولو كان

(١٢٤) انظـر فـى أفـتراض الاسـتعجال والحكمـة منـه بالنسبة لطلبـات الوقـف الداخلـة فـى اختصـاص قاضـى التنفيذ علـى عكس الحال بالنسبة لتلك الداخلة فى اخصاص محـاكم الطعن: المؤلف، المرجع السابق، بند ٨٩ وما يليه.

(١٢٥) أنظر فى الحجج التى يستند اليها وجود هذا الشرط للحكم بالوقف من قاضـى التنفيـذ رغم عدم وجود نص صريح بذلك: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٠٤ وما يليه.

(١٢٦) انظر فى مدى جواز الجمع بيـن طلـب الوقـف المقـدم لقـاضى التنفيذ وذلك المقدم لمحكمة الطعن عموما، المؤلف، المرجع السابق، بند ١٧٢ وما يليـه.

قد سبق تقديمه لهذا الطلب تقديم طلب وقف من شخص آخر ما دام لم يتم أختصام أو دخول المحكوم عليه فى خصومة الطلب السابق(١٢٧). صحيح أن هذا الوقف بقوة القانون لن يدوم طويلا وأن دوره سينتهى بصدور الحكم فى طلب الوقف – والذى قد يقضى بالوقف أو يرفضه – الا أن فائدته العملية لا يمكن أنكارها. فالاخلاء عملية تنفيذية تتم على مرحلة واحدة وعادة فى يوم واحد. ولذلك فان ايقافها بقوة القانون بناء على الطلب المرفوع لقاضى التنفيذ عندما يكون مرتبا لهذا الأثر، يتيح فسحه من الوقت لا يتم خلالها التنفيذ وقد يصدر خلالها حكم بالوقف من محكمة الطعن. أما اذا لم يوجد مثل هذا الطلب الموقف، فان مكنة وقف التنفيذ من محكمة الطعن قد تنتهى الى عدم. اذ أن قيام المحكوم له بتنفيذ الاخلاء رغم وجود طلب الوقف معروضا على محكمة الطعن لهو أمر جائز، بل أن مثل هذا التنفيذ سيحول أصلا دون صدور حكم بالوقف من محكمة الطعن، باعتبار أن الطلب سيكون غير مقبول بسبب تمام التنفيذ(١٢٨).

ولعل هذه الفائدة العملية التى يتيحها تقديم طلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ فى بعض الاحوال بالمقارنة لتلك التى لا يتيحها مجرد تقديمه لمحكمة الطعن، هى السبب الذى يدفع المنفذ ضده الى تقديم طلب الوقف لقاضى التنفيذ ول لم يكن لديه فى الواقع وجه حقيقى للمنازعة فى عملية التنفيذ. فقد يكون

(١٢٧) أنظر فى هذه المسألة، المؤلف، المرجع السابق، بند ٢١٦ وما يليه، وبند ٢٢٦ وما يليه.

(١٢٨) اللهم الا اذا كان طلب الوقف مقدما الى محكمة النقض. فطالما ان الاخلاء لم يكن قد تم وقت تقديم الطلب، فان تمامه اللاحق لن يحول دون قبول الطلب والحكم فيه بالوقف، وبحيث يكون للحكم الصادر بالوقف هنا أثرا رجعيا ينسحب الى اجراءات الاخلاء التى اتخذت منذ تقديم الطلب فيلغيها. انظر فى هذه المسألة: المؤلف، المرجع السابق، بند ٤١ وما يليه.

كل ما يريده فى الحقيقة من تقديم هذا الطلب هو تعطيل التنفيذ لبعض الوقت لعله يتمكن خلاله من استصدار حكم بالوقف بناء على الطلب الآخر المقدم لمحكمة الطعن(١٢٩).

المطلب الثالث

وقف الاخلاء الجبرى الصادر به قرار من النيابة العامة

٦٨- عندما يكون سند الاخلاء قرارا وقتيا صادرا من النيابة العامة بمقتضى المادة ٤٤ مكرر مرافعات، فان التوصل الى ايقاف الاخلاء الجبرى يمكن أن يتأتى من خلال طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم، وهنا المسألة ليست خلافية. كما يمكن فى رأينا - وعلى خلاف فى الفقه - أن يتأتى الوقف من خلال طلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ.

٦٩- فبالنسبة لطلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم، فقد أجازته المادة السابقة حين أجازت التظلم من قرار النيابة أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة والذى ".. له بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه الى أن يفصل فى التظلم". ويشترط لانعقاد اختصاص محكمة التظلم بهذا الطلب أن يكون مستندا الى وجه من أوجه المنازعة فى قرار النيابة ذاته كأن يكون صادرا عن عضو نيابة بدرجة أدنى من رئيس نيابة، أو صادرا غير مسبب، أو دون سماع أقوال الصادر ضده أو دون تمكينه من ذلك، أو دون

(١٢٩) أنظر فى الحل المقترح لتلافى عدم التماثل فى أثر تقديم الطلب بوقف التنفيذ، وتلافى- بالتالى - اساءة استعمال الطلب الموقف أمام قاضى التنفيذ: المؤلف، المرجع السابق، بند ٤٩.

اجراء التحقيق اللازم، أو لأى سبب يمكن أن يؤدى الى الغاء القرار أو تعديله(١٣٠).

فاذا انتقلنا من مرحلة الاختصاص الى مرحلة القبول، فان هذه المسألة ليست هى الأخرى طليقة من القيود. اذ أن النص يتطلب صراحة شرطا يعد من شروط القبول، كما ان منطق الحماية الوقتية يتطلب شرطا آخر. أما شرط القبول الذى يتطلبه النص فهو أن يكون طلب الوقف مقدما بالتبعية للتظلم، وهو الشرط المستفاد من المادة ٤٤ مكرر سابق الاشارة اليها حين قررت ان للقاضى المختص بالامور السمتعجلة "بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه..." فعبارة "طلب المتظلم" وعبارة "القرار المتظلم منه" يقطعان بما لا يدع مجالا للشك بأنه لا يجوز اللجوء الى قاضى الامور المستعجلة بطلب وقف التنفيذ استقلالا ودون أن يكون هناك تظلم مرفوع صحيح ومقبول من قرار النيابة(١٣١). وأما شرط القبول الذى يفرضه منطق

(١٣٠) ويلاحظ أن النص وان لم يشترط هذا الشرط صراحة لانعقاد الاختصاص لمحكمة التظلم بطلب الوقف، الا أنه شرط تفرضه القواعد المحددة لاختصاص قاضى التنفيذ دون غيره بمنازعات التنفيذ، بحيث أن انعقاد الاختصاص بطلبات الوقف - وهى من منازعات التنفيذ - لغيره ينحصر فى الحالات التى يكون فيها الطلب مستندا الى عيب يمس السند التنفيذى ذاته ويؤدى - ان صح - الى الغائه، وبحيث يبقى الاختصاص فيما عدا ذلك منعقدا لقاضى التنفيذ، كما لو كان الطلب مستندا الى عيب فى اجراءات التنفيذ ذاتها.
انظر فى ذلك: ما يلى بند ٧١ وانظر ايضا مزيدا من التفصيل: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٦١ وما يليه.

(١٣١) وهو نفس الشرط المطلوب توافره أيضا بالنسبة لطلب الوقف من محكمة التظلم من الأوامر على عرائض طبقا للمادة ٢٩٢ مرافعات، وبالنسبة كذلك لطلب الوقف من محكمة الطعن بالاستئناف أو الالتماس أو النقض طبقا للمادة السابقة والمادتين ٢٤٤ و ٢٥١. انظر فى شرط تبعية طلب الوقف للطعن بالنسبة للحكم القضائى عندما يكون هو سند الاخلاء: ما سبق بند ٦٤، وبالنسبة للقرار الادارى عندما
=

الحماية الوقتية والتى ينتمى اليها طلب الوقف(١٣٢)، فهو ألا يكون التنفيذ قد تم وقت تقديم الطلب والى حين الفصل فيه(١٣٣).

واذا كان طلب الوقف مقبولا فانه لكي يحكم قاضى التظلم بوقف التنفيذ فانه يجب أن يتحقق من ضرورة توافر شرطين هما شرط الاستعجال وشرط ترجح الالغاء، فهما شرطان موضوعيان للحكم بوقف التنفيذ عموما(١٣٤). فبالنسبة للاستعجال فيلاحظ ان المادة ٤٤ مكرر لم تشترط درجة معينة من الضرر الذى يتوافر به ركن الاستعجال. ولذلك يمكن القول بأن هذا الشرط الأول متوافر دائما فى طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم بالنظر الى أنه طلب مستعجل بطبيعته(١٣٥). أما شرط ترجح الغاء الأمر، فرغم ان المشرع لم ينص عليه الا أن منطق الحماية الوقتية يتطلبه(١٣٦).

= يكون هو ايضا سند الاخلاء: ما يلى بند ٧٧. وانظر فى هذا الشرط بالنسبة لطلبات وقف التنفيذ عموما: المؤلف، المرجع السابق، بند ٥٠ وما يليه.

(١٣٢) انظر فى الطبيعة الوقتية دائما لطلب وقف التنفيذ أيا كان القضاء المختص به وأيا كان سبب الطلب، المؤلف، المرجع السابق، بند ١٢٨ وما يليه.

(١٣٣) ذلك لأنه اذا تم التنفيذ فى وقت لاحق على تقديم الطلب سيتخلف أيضا شرط الاستعجال المبرر للحماية الوقتية مما يجعل الطلب غير مقبول، خاصة وأننا لن نكون أمام حالة من الحالات الاستثنائية التي يكون فيها اتمام التنفيذ اللاحق على تقديم طلب الوقف غيرمانع من قبوله والحكم بوقف التنفيذ بأثر رجعي. انظر فى مشكلة تمام التنفيذ اللاحق على تقديم طلب وقف التنفيذ عموما، المؤلف، المرجع السابق، بند ٣٤ وما يليه.

(١٣٤) أنظر فى ضرورة هذين الشرطين أيا كان القضاء المختص بطلب الوقف: المؤلف، المرجع السابق، بند ٨٣ وما يليه.

(١٣٥) أنظر فى توافر الاستعجال ايضا دائما بالنسبة لطلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ رغم عدم النص عل توافره: المؤلف، المرجع السابق، بند ٨٩ وما يليه.

(١٣٦) انظر فى ضرورة هذا الشرط دائما للحكم بوقف التنفيذ حتى بالنسبة لقاضى التنفيذ أو محاكم الطعن أو التظلم عموما: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٠٠ وما يليه.

وهكذا يمكن التوصل الى ايقاف لتنفيذ قرار النيابة الصادر بالاخلاء، وذلك من خلال طلب وقف يقدم بمناسبة التظلم من هذا القرار أمام قاضى الامور المستعجلة. ولا يجب أن يغيب عن البال أن مجرد تقديم الطلب هنا لا يوقف التنفيذ، وانما يترتب هذا الوقف على صدور حكم بذلك - ان توافرت شروطه - من قاضى التظلم(١٣٧).

ولكن هل يمكن ايقاف تنفيذ قرار النيابة مبكرا والى حين صدور الحكم بوقفه من محكمة التظلم، والذى قد يتأخر صدوره على نحو يجعل المنفذ ضده معرضا للاخلاء الجبرى فى أية لحظة، نظرا لأن قرار النيابة هذا يعد سندا تنفيذيا يقبل التنفيذ فور صدوره(١٣٨)؟

٧٠- لعل الوسيلة التى قد تفلح فى الايقاف المبكر لقرار النيابة هى طلب وقف تنفيذه من قاضى التنفيذ بالتطبيق للمادة ٣١٢ مرافعات، والتى ترتب على مجرد تقديم طلب الوقف الأول - والمسمى الاشكال الأول - ولو أمام المحضر شفاهة عند التنفيذ عدم تمام هذا الأخير وذلك بقوة القانون، بل وترتب هذا الأثر أيضا على تقديم طلب الوقف التالى - ولو بنفس الطريقة - فى بعض الاحيان(١٣٩). فهل هناك ما يحول دون جواز الاشكال الوقتى فى

(١٣٧) والحكم الصادر بوقف التنفيذ أو برفض الوقف يعتبر قرارا صادرا فى طلب وقتى. ولهذا فإنه يقبل الطعن فيه بالاستئناف فورا دون انتظار الحكم الصادر فى التظلم. انظر: د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، سابق الاشارة اليه، بند ٦٤ مكرر وانظر فى النظام القانونى للحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ عموما، المؤلف، المرجع السابق، بند ٢٣٣ وما يليه.

(١٣٨) أنظر فى هذه القابلية للتنفيذ التى يتمتع بها قرار النيابة رغم قابليته للتظلم: ما سبق، بند ٣١.

(١٣٩) أنظر فى أن عبارة الاشكال الواردة فى المادة ٣١٢ مرافعات لا يقصد بها سوى طلب بوقف التنفيذ: المؤلف، المرجع السابق، هامش ٣، ص ١٦٦.

تنفيذ قرار النيابة الصادر بالاخلاء مع ما يمكن أن يترتب علي ذلك من أثر واقف للاخلاء الجبرى بقوة القانون؟

يذهب جانب من الفقة(١٤٠) الى عدم جواز رفع اشكال فى تنفيذ قرار النيابة العامة أمام قاضى التنفيذ، وهو يعول فى ذلك على أن هذا القرار لا يعد سندا تنفيذيا بالمعنى المفهوم فى قانون المرافعات.

٧١- واذا كان هذا الرأى يؤيده العمل(١٤١) الا أنه لا يصادف لدينا قبولا.

فمن ناحية أولى يعد قرار النيابة فى مواد الحيازة صادرا طبقا للمادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات. وهو قد يصدر بالزام بالاخلاء مثلا - وهو الفرض محل البحث - ويقبل التنفيذ الجبرى فورا، مما يجعله سندا تنفيذيا بالمعنى المفهوم فى قانون المرافعات ويدخل تحت عبارة "الاوراق الاخرى" التى يعطيها القانون صفة السند التنفيذى والتى ذكرتها المادة ٢/٢٨٠ مرافعات كسندات تنفيذية(١٤٢).

ومن ناحية ثانية فان أعتبار هذا القرار بمثابة سند تنفيذى يجعل عملية تنفيذه الجبرى خاضعة لأحكام الكتاب الثانى من قانون المرافعات الخاص بالتنفيذ وبالتالى لأحكام المادة ٣١٢ مرافعات والتى تنتسب لهذا الكتاب. ومما

(١٤٠) انظر : د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٦٦ مكرر.

(١٤١) فالكتاب الدورى رقم (١٥) "نيابة عامة" الصادر فى١/١٠/١٩٩٢ ينبه على اعضاء النيابة العامة مراعاة الآتى: "... ثالثا: لا يجوز فى أى حال من الاحوال وقف تنفيذ القرار الا بأمر من قاضى الامور المستعجلة المختص بنظر التظلم.".

(١٤٢) انظر فى صلاحية قرار النيابة العامة كسند تنفيذى للاخلاء: مما سبق، بند ٣٠ وما يليه.

قد يعزز من هذا التفسير أن هذه المادة قد وردت فى الباب الأول المخصص للأحكام العامة، وأن عباراتها من العموم(١٤٣) بحيث لا يجوز اخراج الاشكالات الموجهة ضد عملية التنفيذ التى يكون سندها قرار النيابة العامة من نطاق اعمال هذه المادة بدون نص(١٤٤).

ومن ناحية ثالثة فان تنظيم المشرع لوسيلة لوقف تنفيذ هذه القرارات من خلال طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم وبمناسبة هذا التظلم، لا يحول دون امكانية وجود وسيلة ثانية الى جوارها هى طلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ. فهذا الطلب الأخير يحقق غاية يعجز عنها احيانا الطلب الأول، وهى ايقاف التنفيذ بقوة القانون لحين أن يقول القضاء كلمته فى طلب الوقف. وتبدو الحاجة الى تحقيق هذه الغاية اكثر الحاحا فى مجال الاخلاء الجبرى لما يترتب غالبا على اتمامه – وهو فى ذلك يستغرق وقتا صغيرا – من فقد أسرة لمسكنها – ولو مؤقتا – فى وقت عز فيه البديل. فايقاف التنفيذ بقوة القانون لبعض الوقت ربما يتيح الفرصة لكى يظل المنفذ ضده شاغلا للعين الى أن تقول محكمة التظلم كلمتها فى طلب الوقف المقدم اليها. ثم ان لكل طلب سببه المختلف والذى قد لا يصلح سببا لطب يقدم الى القضاء الآخر. فطلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم يستند الى عيب فى السند التنفيذى أى قرار النيابة، بينما

---

(١٤٣) ولا أدل على عموم عبارات المادة ٣١٢ من استخدام المنفذ ضدهم للاشكال الوقتى بطريقة تلقائية حتى بصدد سندات لا يجوز اخضاعها لحكم هذه المادة، كما فى حالات القرارات أو الأحكام الادارية. أنظر مع ذلك فى جواز تقديم طلبات وقف طبقا لهذه المادة اذا كان السند قرارا اداريا بالاخلاء: ما يلى، بند ٧٥.

(١٤٤) فعندما أراد المشرع أن يخرج الاشكالات التى ترفع بصدد تنفيذ احكام النفقة والصادرة طبقا للقانون ٧٦/٦٢ من نطاق اعمال حكم المادة ٣١٢ مرافعات، وتحديدا فيما يتعلق بعدم جواز ترتيبها لأثر موقف للتنفيذ بقوة القانون لمجرد رفعها من المحكوم عليه، نص على ذلك صراحة. أنظر فى هذه المسألة: المؤلف، المرجع السابق، هامش (١) ص ٢٦٩ وما بعدها.

طلب الوقف المقدم لمحكمة التنفيذ يستند الى عيب فى عملية التنفيذ ذاتها ولا يجوز ان يستند الى عيب فى القرار ذاته. ولذلك لا يوجد ما يمنع من جواز الجمع بينهما(١٤٥).

ولكن لن يكون معنى ذلك أن ابداء طلب الوقف أمام قاضى التنفيذ من شانه – وعلى فرض أنه طلب أول – ايقاف التنفيذ لحين الفصل فى التظلم أو حتى الفصل فى طلب الوقف المقدم بمناسبة هذا التظلم لقاضيه. فطلب الوقف المقدم لمحكمة التنفيذ يستند – أو يجب أن يستند – إلى عيب فى العملية التنفيذية ذاتها، ولذلك فهو من هذه الناحية يعد مستقلا عن طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم والذى يستند – أو يجب أن يستند – الى عيب فى السند التنفيذى أى قرا رالنيابة ذاته، ومستقلا من باب أولى عن التظلم ذاته والذى يستهدف الغاء القرار أو تعديله وليس مجرد وقف تنفيذه. ولذلك فان طلب الوقف المقدم الى قاضى التنفيذ سوف يترتب على رفعه ايقافا للتنفيذ بقوة القانون لحين الفصل فيه من هذا القاضى وليس لحين الفصل فى التظلم أو فى طلب الوقف المقدم لقاضى التظلم. صحيح أنه قد يحدث خلال فترة الايقاف هذه أن يتم الفصل فى طلب الوقف المقدم الى محكمة التظلم أو الفصل فى التظلم ذاته، الا أنه يجب أن يظل ماثلا فى الذهن انه لا يوجد ربط حتمى بين

---

(١٤٥) ولذلك يبدو لنا منتقدا الرأى الذى لايتصور استخدام طلب الوقف أمام قاضى التنفيذ مع طلب الوقف أمام قاضى التظلم. انظر فى هذا الرأى: خيرى الكباش، المرجع السابق، ص ٥١. فهذا الرأى قد رتب على مجرد طلب الوقف من قاضى التنفيذ ان يظل الحال كما هو عليه الى ان يتم الفصل فى التظلم، ولذلك كان منطقيا بالنسبة له الا تكون هناك مصلحة من طلب الوقف بمناسبة التظلم. وسوف نرى أن الاساس الذى بنى عليه هذا المنطق ليس له اعتماد تشريعى مما يهدم بالتالى نتيجته: انظر، الهامش التالى.

استمرار فترة الايقاف بقوة القانون وبين واقعة أن الفصل فى التظلم أو فى طلب الوقف المقدم بمناسبته لم تتحقق بعد(١٤٦).

ومن ناحية رابعة، فان تعبير المشرع عن ارادة تنفيذ قرار النيابة فورا لا يجب أن يكون هو الآخر حائلا دون مكنة ايقاف هذا التنفيذ ولو بقوة القانون بناء على رفع طلب الوقف بالتطبيق للمادة ٣١٢ مرافعات. ذلك لأن الحاجة الى حماية تنفيذية سريعة والتى كانت وراء تقرير النفاذ المعجل فى بعض الحالات، وبقوة القانون حينا وبحكم القضاء حينا آخر، لم تكن مبررا فى القانون المصرى لكى يتقلص امامها نطاق المادة ٣١٢ مرافعات. فالاشكال

(١٤٦) ولذلك لا يبدو مؤسسا من وجهة نظرنا الرأى الذى يسمح للمتضرر من قرار النيابة بأن يبدى للمحضر اشكاله فى التنفيذ بقصد وقفه لحين التظلم من هذا القرار خلال مهلة الخمسة عشر يوما أمام قاضى الامور المستعجلة، فان تظلم من هذا القرار خلال الموعد المحدد "ظل الحال كما هو عليه لحين الفصل فى التظلم بحكم وقتى، واذا لم يتظلم من هذا القرار فى المعياد المحدد اعتبر الاشكال كأن لم يكن ويتم تنفيذ قرار النيابة فورا". انظر فى هذا الرأى: خيرى الكباش، المرجع السابق، ص ٥٠
فهذا الرأى وان تحمسنا له من حيث الأصل، أى من حيث إجازته لطلبات وقف تنفيذ قرارات النيابة العامة أمام قاضى التنفيذ طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات، الا ان ذلك لا يجب ان يحجب عنا ما يمكن ان يرد عليه من انتقاد، وذلك من ناحيتين: الأولى أنه جعل لطلب الوقف أمام قاضى التنفيذ أثرا واقفا للتنفيذ بقوة القانون لحين الفصل فى التظلم المرفوع فى الميعاد. ولا نعتقد أن لهذا الحكم ما يؤيده قانونا. فكما قلنا فى المتن ليس هناك علاقة بين هذا الطلب والتظلم ولا حتى بينه وبين طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم.
والثانية أنه قد اعتبر طلب الوقف – أو الاشكال – المقدم لقاضى التنفيذ كأن لم يكن اذا لم يتم التظلم فى القرار خلال الميعاد. وهنا ايضا تفتقد هذه النتيجة الى اساس قانونى. فطلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ يستند – أو يجب أن يستند – الى عيب فى العملية التنفيذية ذاتها ولذلك فهو يستقل عن التظلم. اذ لا مانع من يصدر الحكم فى طلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ بوقفه ولو بعد فوات ميعاد التظلم وحتى ولو لم يرفع اصلا تظلم. كما انه لا مانع من صدور هذا الحكم ثم يصدر بعد ذلك حكم فى التظلم بتأييد قرار النيابة، ولن يكون قرار التأييد هنا لاغيا لحكم الوقف، بل ستظل عملية التنفيذ موقوفة، وان كان يمكن البدء فى عملية تنفيذ جديدة.

الوقتى بطلب وقف التنفيذ طبقا لهذه المادة جائز ولو بصدد تنفيذ حكم مستعجل وهو مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون. بل أن هذا الاشكال جائز - ويرتب أثرا واقفا للتنفيذ بقوة القانون لمجرد رفعه اذا كان اشكالا أول - ولو كان الحكم مأمورا بتنفيذه بموجب مسودته، والمعروف أن الأمر بذلك لا يكون الا فى المواد المستعجلة أو فى الاحوال التى يكون فيها التأخير ضارا (مادة ٣٨٣ مرافعات)، وأنه اذا كان التنفيذ بموجب المسودة فانه حتى مقدمات التنفيذ - من اعلان وانتظار مهلة - لن تكون مطلوبة. صفوة القول اذن أنه مهما كانت حالة الاستعجال فان طلب الوقف طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات لا يتعطل، فلماذا يتعطل فى حالات مستعجلة أخرى هى تلك التى تصدر بها قرارات من النيابة العامة طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات؟ لا نعتقد أن هناك مبررا للتفرقة.

٧٢- ولا يصح أن يفت من عضد رأينا هذا والذى اتينا بحجج أربعة لاثباته، القول بأن قرار النيابة قد يكون بمناسبة منازعة حيازة جنائية وليس مدنية، وأن الحفاظ على استقرار المجتمع وحقن الدماء بين المتنازعين يتطلب أن تكون القوة التنفيذية لقرار النيابة غير قابلة للتعطل بوسيلة سهلة هى طلبات الوقف طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات. فالواقع أن هذا الاعتبار رغم وجاهته الا أنه لم يمنع المشرع نفسه من السماح للمتظلم من القرار أن يطلب وقف تنفيذه من قاضى التظلم ولو كان القرار صادرا فى منازعة حيازة جنائية. فالسماح بايقاف تنفيذ قرار النيابة مسألة لا شك فى اقرار المشرع بها، كل ما هنالك أننا نريد اعطاء هذا الاقرار مدى واسعا لعدم وجود نص يضيق منه(١٤٧). وفضلا

(١٤٧) فيجب التذكير ثانية بأنه عندما أراد المشرع أن يستبعد ترتيب أثر موقف بقوة القانون لمجرد رفع الاشكال الوقتى طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات، أضطر الى النص =

عن ذلك فان انطواء منازعة الحيازة على جريمة جنائية من الجرائم المنصوص عليها فى باب انتهاك حرمة ملك الغير يعطى للنيابة سلطة اقامة الدعوى الجنائية واتخاذ تدابير تحفظية، كالحبس الاحتياطى، وهو ما يكفل الحفاظ على الاستقرار وحقن الدماء، ودون الحاجة الى التأثير على مراكز الخصوم تجاه الحيازة على نحو قد يصعب تداركه بعد ذلك اذا لم يقف التنفيذ. وبالتالى لا يجوز أن يكون الوجه الجنائى للمنازعة حائلا دون اعمال المادة ٣١٢ مرافعات.

٧٣- وهكذا نصل الى نتيجة مفادها أنه وان كان نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات لا يعبر صراحة عن جواز الاشكال الوقتى أمام قاضى التنفيذ بصدد قرارات النيابة الصادرة طبقا لهذه المادة، الا أنه ايضا لا يعبر عن عدم جوازه. ونظرا للحجج التى قلنا بها آنفا نرى جواز ابداء طلبات لوقف تنفيذ قرارات النيابة الآمرة بالاخلاء – أو بغيره مما يقبل التنفيذ الجبرى – وذلك أمام قاضى التنفيذ – ولو بابدائها أمام المحضر عند التنفيذ – مع ما يترتب علي ذلك من نتائج وأهمها الأثر الواقف بقوة القانون لمجرد رفعها اذا كانت طلبا أول أو أول طلب يقدمه الطرف الملتزم بالاخلاء والذى صدر ضده القرار، وذلك تطبيقا للمادة ٣١٢ مرافعات، وبحيث يستمر هذا الأثر مترتبا لحين الفصل فى هذا الطلب من قاضى التنفيذ أو الحكم فى التظلم من قاضى الأمور المستعجلة بإلغاء القرار، أيهما أقرب.

= على ذلك صراحة، وهو ما فعله بخصوص تنفيذ احكام النفقة التى تصدر بالتطبيق للقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦.

المطلب الرابع
وقف الاخلاء الجبرى الصادر به قرار ادارى

٧٤- عندما يكون سند التنفيذ قرارا اداريا(١٤٩)، فالاصل أنه يجرى تنفيذه بالطريق الادارى، وليس بطريق التنفيذ القضائى والذى يقوم به المحضر تحت اشراف قاضى التنفيذ. كما ان منازعات تنفيذه - ومنها طلبات وقفه - لن تكون من اختصاص هذا القاضى والذى يتبع جهة القضاء العادى، تلك الجهة التى يمتنع عليها من حيث المبدأ الغاء أو تأويل القرار الادارى أو أن توقف تنفيذه. نصت على حظر تأويل القرار الادارى أو وقف تنفيذه - ومن باب أولى الغائه - بواسطة جهة القضاء العادى المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢. الا أن هذه المادة نفسها قد استثنت من ذلك القرارات الادارية التى يخول القانون لجهة القضاء العادى حق الفصل فيها.

ومن بين المسائل المتصلة بالقرارات الادارية ويختص بها القضاء العادى فى هذا الشأن(١٥٠)، مانص عليه قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سابق الاشارة اليه، ونقصد بذلك تحديدا قرارات الاخلاء الصادرة تطبيقا للفصل الثانى - من الباب الثانى - المخصص للمنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة. فهذه القرارات يختص بنظر الطعن فيها المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها

---

(١٤٩) انظر ما سبق، بند ٣٣ وما يليه.
(١٥٠) انظر فى تعداد بعض هذه المسائل: حسين عبد السلام جابر، الطلبات المستعجلة فى قضاء مجلس الدولة، نهضة القانون، ١٩٨٩، بند ١٠٧.

العقار(١٥١). ويتفرع على ذلك أن ولاية وقف تنفيذ هذه القرارات – أو منازعات تنفيذها عموما – تدخل فى اختصاص جهة القضاء العادى.

٧٥– والسؤال الأول الذى يطرح نفسه فى هذا الصدد هو: هل يمكن طلب الوقف من قاضى التنفيذ بالتطبيق للمادة ٣١٢ مرافعات وذلك فى مواجهة الاخلاء الجبرى المستند الى قرار ادارى؟

لن تثور أدنى شبهة بصدد أختصاص قاضى التنفيذ بنظر منازعات تنفيذ الأحكام الصادرة فى الطعون التى يمكن توجيهها الى هذه القرارات. فهذا الحكم يعد صادرا من جهة القضاء العادى والتى يتفرع منها قاضى التنفيذ. ويترتب على ذلك أنه يمكن تقديم طلب بوقف تنفيذ الحكم الصادر فى الطعن فى هذه الحالة، وذلك طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات مع ما يستتبعه ذلك من ايقاف التنفيذ بقوة القانون اذا كان طلبا أول.

وحتى لو ظل سند الاخلاء هو القرار الادارى ذاته – وليس الحكم الصادر فى الطعن فيه – فان أختصاص قاضى التنفيذ بنظر منازعاته لا يجب أن يكون أيضا محلا لخلاف. ذلك لآن منح المشرع لجهة القضاء العادى ولاية نظر الطعون المتعلقة بهذه القرارات يجعل منازعات تنفيذها من

(١٥١) انظر على سبيل المثال المادتان ٥٩ و٦٣ من قانون ٤٩ لسنة ٧٧. وانظر كذلك المادة ٥ منه والتى جعلت للمحاكم العادية دون غيرها الاختصاص بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون. وانظر تعليق د. احمد أبو الوفا على هذه المادة الاخيرة، وأنها تؤكد على أنه لا أختصاص لمحاكم مجلس الدولة فى نظر أى منازعة ناشئة عن تطبيق هذا القانون: التعليق على قانون ايجار الأماكن، سابق الاشارة اليه، ص ١٣٦.

اختصاص نفس الجهة، وتحديدا من اختصاص قاضى التنفيذ والذى يختص نوعيا – داخل هذه الجهة – بمنازعات التنفيذ(١٥٢).وما دام قاضى التنفيذ هو المختص بمنازعات تنفيذ قرار الاخلاء هنا – حتى ولو كان الاخلاء يجرى بالطريق الادارى – فانه يمكن رفع طلب بوقف التنفيذ أمام هذا القاضى ويمكن ان يترتب على مجرد رفعه ايقاف التنفيذ بقوة القانون، كما لو كان أول طلب بالوقف، أو أول طلب بالوقف يقدم من الملتزم بالاخلاء ولوسبقه طلب آخر بالوقف ولكن لم يتم اختصامه فيه، وكل ذلك بالتطبيق للمادة ٣١٢ مرافعات.

٧٣– ومتى سلمنا بما تقدم فاننا نتساءل عن طريقة رفع طلب الوقف فى مثل هذه الاحوال. وبصياغة اخرى اكثر تحديدا فاننا نتساءل: هل يجوز رفع طلب الوقف هنا بابدائه أمام السلطة العامة عند قيامها بالاخلاء بالطريق الادارى؟.

السبب الذى أوحى الينا بهذا التساؤل هو أن نص المادة ٣١٢ مرافعات يجيز رفع طلب الوقف أمام المحضر عند التنفيذ ولو شفاهة، وترتب على ذلك ما يترتب على ايداع صحيفة الطلب قلم كتاب محكمة التنفيذ، أى أن الطلب يعد مرفوعا ومرتبا لأثره الموقف للتنفيذ – فى الحالة التى يترتب فيها هذا الاثر – منذ اللحظة التى يقدم فيها الطلب – ولو شفاها – للمحضر، وهو ما يحقق مصلحة حيوية للمنفذ ضده حيث يقف التنفيذ فى الحال اذا كان تنفيذا

---

(١٥٢) انظر فى اختصاص قاضى التنفيذ بنظر المنازعات التى تثور بشأن تنفيذ القرار الادارى الذى يختص القضاء العادى بنظر الطعن فيه بنص خاص: د. عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٩٢ وما يليها.

مباشرا بالاخلاء مثلا لعدم جواز اتمام التنفيذ منذ لحظة رفعه ما دام انه يرتب اثرا موقفا للتنفيذ. ولا يوجد محضر عند الاخلاء بالطريق الادارى عندما يكون سند الاخلاء قرارا اداريا، فهل يمكن القياس فى هذه الحالة بحيث يترتب الوقف الحتمى للتنفيذ بمجرد ابداء طلب الوقف أمام ممثل السلطلة العامة عند التنفيذ اذا كان طلب الوقف هذا طلبا أول؟

الواقع انه لا يجوز فى رأينا القياس على الحكم الوارد فى المادة ٣١٢ مرافعات والتى تسمح استثناء بتقديم طلب وقف التنفيذ الى محكمة التنفيذ وذلك من خلال ابدائه أمام المحضر عند التنفيذ ولوشفاهة. فمثل هذه الطريقة الاستثنائية فى رفع الدعاوى يجب أن يقتصر اعمالها فى الحدود التى قررها النص، رغم أنه قد توجد مصلحة للمنفذ ضده فى القياس. فهذه المصلحة - وان بدت معقولة - الا انها لا تبرر الخروج على قواعد رفع الدعاوى.

الخلاصة اذن أن الاخلاء بالطريق الادارى استنادا الى قرار ادارى وان كان يقبل طلب ايقافه من محكمة التنفيذ، الا ان طريقة تقديم هذا الطلب تنحصر فقط فى الطريقة المعتادة لرفع الدعاوى وهى ايداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة.

على أنه رغم ذلك تظل احتمالية ابداء طلب الوقف أمام المحضر قائمة حتى ولو كان سند الاخلاء قرارا اداريا. فاذا فرض وتنازلت الادارة - وهى تملك ذلك - عن اللجوء الى الطريق الادارى فى التنفيذ وطلبت تنفيذ الاخلاء تنفيذا قضائيا بواسطة المحضر، فعندئذ لا مانع من طلب الوقف ولو بابدائه شفاها أمام المحضر عند التنفيذ.

٧٧- وبعد أن اتضح لنا جواز طلب وقف التنفيذ من قاضى التنفيذ فى حالات الاخلاء المستند الى قرار ادارى، فان التساؤل الذى يثور بعد ذلك هو الآتى: هل يمكن أيضا طلب وقف التنفيذ من المحكمة الابتدائية التى يطعن أمامها فى القرار الصادر بالاخلاء بالغائه؟

الواقع أنه انطلاقا من قاعدة أن قاضى التنفيذ يختص دون غيره بمنازعات التنفيذ، فقد يثور فى ذهن البعض أن المشرع وقد أعطى لمحاكم الطعن فى الأحكام أو التظلم من الاوامر أو قرارات النيابة سلطة وقف تنفيذ الاحكام المطعون فيها أو الأوامر والقرارات المتظلم فيها، كما أعطى لمحاكم مجلس الدولة نفس السلطة بالنسبة للقرارات الادارية المطعون فيها بالالغاء، فان القياس يقتضى اعطاء السلطة نفسها لمحكمة الطعن أو التظلم من القرار الادارى الصادر بالاخلاء وهى المحكمة الابتدائية. وقد يسعى هذا القول الى البحث عن سند للقياس ويظن أنه يمكن أن يجده فى أن طلبات الوقف التى تقدم لمحكمة الطعن أو التظلم انما تستند الى عيب فى السند التنفيذى ذاته ويترجح معه الغاؤه وبالتالى فهى تعد مشتقة من الطعن ذاته، بينما طلبات الوقف التى تقدم لقاضى التنفيذ انما تستند الى عيب فى اجراءات التنفيذ وهى مسألة مختلفة. فمثل هذا القول ان وجد(١٥٣) لن يصادف لدينا قبولا نظرا لعدم استناده الى اساس من القانون. فالواقع أن الأختصاص الاستئثارى المقرر لقاضى التنفيذ بطلبات الوقف والمستمد من المادتين ٢٧٥ و ٣١٢ مرافعات لا

(١٥٣) انظر فى وجود صدى لهذا الرأى فى مجال توزيع الاختصاص بين محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن بخصوص طلبات وقف التنفيذ عموما، والرد عليه: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٢٥ وما يليه.

يجوز الخروج عليه الا بنص، وهو ما فعله المشرع مثلا عندما أراد أن يجعل لمحاكم الطعن فى الاحكام أو التظلم من الأوامر نصيبا فى هذا المجال طبقا للمواد ٢٤٤ و ٢٥١ و٢٩٢ مرافعات، وكذلك المادة ٤٤ مكرر بخصوص قرارات النيابة العامة. بحيث ان تخلف هذا النص بخصوص قرارات الاخلاء الادارية عند الطعن فيها أمام المحكمة الابتدائية يعنى ارادة المشرع فى الالتزام بالاصل العام وهو اختصاص قاضى التنفيذ وحده بطلبات الوقف هنا. ثم ان التفرقة بين طلبات الوقف التى يمكن تقديمها لقاضى التنفيذ وتلك التى تقدم لمحاكم الطعن ليست تفرقة من حيث "الطبيعة"، فقد برهنا(١٥٤) على أن طلبات وقف التنفيذ أيا كان السبب الذى تستند اليه إنما هى من طبيعة واحدة، وأنه ليس فى الاختصاص الطبيعى لقاضى التنفيذ ما يحول دون نظر جميع طلبات الوقف حتى المستندة إلى عيب فى السند التنفيذى ذاته حتى ولو كان هذا السند حكما قضائيا، وأن اختصاص محاكم الطعن ببعض طلبات الوقف استثناء لم يكن لينعقد لها لولا نص المشرع. ولذلك، وفى ظل غياب النص بالنسبة للقرارات الادارية الصادرة بالاخلاء، لا ينعقد للمحكمة الابتدائية التى تنظر الطعن فى هذه القرارات أى اختصاص بطلبات وقفها، وان هذا الاختصاص لا يجب أن يخرج من يد قاضى التنفيذ حتى ولو كان السبب الذى يستند إليه طلب الوقف عيبا فى القرار الادارى ذاته. فالحكم بالوقف المستند إلى مثل هذا السبب لا يعنى الفصل فى أصل الحق، وإنما هو حكم يتناول فقط الأمر باجراء وقتى هو وقف التنفيذ مؤقتا، وهذا لا يضع أى قيد على محكمة الطعن فى القرار حين تتجه إلى الحكم بالغائه إن وجدت أن لذلك مبرر.

---

(١٥٤) أنظر : المؤلف، المرجع السابق، بند ١٢٨ وما يليه.

المبحث الثالث
مدى جواز توقى الاخلاء الجبرى
عند عدم توافر المسكن البديل

٧٨ - قد يكون الاخلاء واردا على مكان للسكنى، ويترتب على اجرائه أن يجد المنفذ ضده هو وأسرته وأثاث منزله فى الطريق العام. فهل هذا الظرف يمنع من التنفيذ؟

لا يوجد فى قانون المرافعات ولا فى قوانين الايجار ما يوجب درء التنفيذ - أو حتى وقفه - لهذا السبب. وانطلاقا من قاعدة أن السند التنفيذى مفترض كاف للتنفيذ الجبرى بحيث لا يجوز منع تنفيذه إلا لمانع قانونى، فإن عدم توافر سكن بديل للمنفذ ضده وإن كان اعتبارا انسانيا وواقعيا إلا أنه ليس محل اعتبار في القانون. وتكون النتيجة المتفقة مع القانون - وإن كنا نوافق عليها على مضض - هى أن هذا العامل ليس سببا قانونيا لدرء التنفيذ أو حتى لوقفه.

كل ما يمكن التعويل عليه لتلافى أضرار التنفيذ حينئذ هو أمور ثلاثة: الأول هو ما ترتبه المادة ٣١٢ مرافعات على مجرد تقديم إشكال وقتى فى التنفيذ عندما يكون هذا الاشكال موقفا للتنفيذ بقوة القانون(١٥٥). صحيح أن

---

(١٥٥) كما لو كان يمثل أول اشكال ، أو كان يمثل أول اشكال مقدم من الملتزم فى السند التنفيذى ولو كان مسبوقا باشكال لم يختصم فيه الملتزم فى السند. أنظر فى آثار تقديم الاشكال فى مثل هذه الأحوال: المؤلف، طلبات وقف التنفيذ، سابق الاشارة إليه، بند ٢٠٩ وما يليه.

الاشكال هنا لا يكون مرتكزا على أساس قانونى سليم - فالفرض انه ليس من سبب لطلب الوقف سوى عدم وجود مسكن بديل - إلا أن ما يتيحه رفعه من تعطيل فورى(١٥٦) للتنفيذ حتى حين قد يسمح للمنفذ ضده بالعثور على مسكن بديل مما يجنبه ذلك الاخلاء الجبرى الحال.

الثانى هو ما قد يمنحه قاضى التنفيذ للمنفذ ضده من مهلة للاخلاء. صحيح أنه إذا كان التنفيذ بموجب حكم قضائى - وهذا هو الشائع - فإن قاضى التنفيذ لا يملك إمهال المنفذ ضده وذلك بعد صدور الحكم عليه بضرورة الاخلاء وهو ما يعنى الفورية(١٥٧)، إلا أن سلطة قاضى التنفيذ فى الامهال قد تكون قانونية - فى نظر البعض - إذا كان سند التنفيذ ليس حكما قضائيا(١٥٨).

الثالث هو أنه إذا توجب الإخلاء ولم يعد منه بد، فإن الاستعانة بالقوة العامة والسلطة المحلية يكون عادة متوجبا نظرا لما يلقاه المحضر من

---

(١٥٦) نظرا لأن التنفيذ بالاخلاء مما يتم على مرحلة واحدة. أنظر فى الوقف الحتمى للتنفيذ هنا: المؤلف، المرجع السابق، بند ٢١٧.

(١٥٧) انظر فى انه إذا كان التنفيذ بموجب حكم فانه لا تملك أية محكمة امهال المدين بعد صدور الحكم عليه بأداء الدين فورا: د. أبو الوفا، التعليق، ص ١٠٣٨.

(١٥٨) انظر فى احتمالات التنفيذ بموجب سند تنفيذى لا يكون حكما، ما سبق بند ٢٤ وما يليه. وأنظر فى سلطة قاضى التنفيذ فى الإمهال هنا: د. أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٠٣٨.

مقاومة فـى مثـل هـذه الأحـوال(١٥٩). فعسـى أن تقـوم السلطــة المحليـة – وقـد علمت بحـالة الاخـلاء – بما يلـزم لإيواء المنفـذ ضـده وأسرته(١٦٠).

(١٥٩) فى ضرورة الاستعـانة بالقوة العـامة إذا احتاج التنفيـذ كسـر الأبـواب أو استعـمال القوة الجسدية: ما يلى بنـد ٨٨ وما يليـه.

(١٦٠) وتجـدر الاشارة إلى أن القانون الفرنسى هو الآخـر لا يعـتبر عـدم توافـر المسكن البديل مانعـا من تنفيذ حكم أو محضـر صلح الاخــلاء. والطريـف أنـه أثنـاء مناقشـة قانون البنـاء والاسكان الفرنسى اقترح بعـض النواب نصـا بمقتضــاه يمتنـع الاخــلاء إلا إذا تم عرض السكنى فى مكان بديل يلبـى لـم شـمل الأسـرة واحتياجـات افرادهـا للسكن، إلا أن هذا الاقتراح تم رفضه واستعـيض عنه بفكرة عـدم جواز تنفيذ احكام الاخـلاء فى فصل الشتـاء وكذلك همـة المسؤل عن البوليس فى العـمل على اعـادة التسكين. أنظر فى هذه المسألة:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit. no 10.

الفصل الثالث
محل الإخلاء الجبرى وأطرافه

المبحث الأول
محل الإخلاء الجبرى

٧٩ - محل التنفيذ المباشر هو محل الحق الموضوعى الذى لم يف به المدين[١٦١]، وهو فى ذلك يختلف عن محل التنفيذ بالحجز والذى لا يتحدد بمحل الحق المضوعى وإنما بأى مال من أموال المدين مما يجوز حجزه. فعندما يكون الالتزام الوارد فى السند التنفيذى محله مبلغا من النقود، فإن محل التنفيذ بالحجز - وهو طريق التنفيذ الواجب اتباعه عندئذ - سوف يكون أى مال منقول أو عقارى يملكه المدين مما يجوز حجزه. أما عندما يكون الالتزام الوارد فى السند التنفيذى محله عين أو عمل - أو بصفة عامة أى شئ غير المبلغ النقدى - فإن محل التنفيذ المباشر - وهو طريق التنفيذ الواجب اتباعه عندئذ - سوف يكون ذات العين أو العمل محل الالتزام.

٨٠ - فإذا انتقلنا بعد ذلك من هذا التعميم إلى حيز التخصيص وتساءلنا عن محل التنفيذ المباشر بالاخلاء - وهو التنفيذ الذى تنشغل به هذه الدراسة - لوجدناه "المكان" الذى يلتزم المنفذ ضده بأن يتخلى عنه لصاحب الحق فى الاخلاء والمعين فى السند التنفيذى. فإذا كان هذا الأخير حكما قضى

---

(١٦١) أنظر: د. فتحى والى، التنفيذ الجبرى، سابق الاشارة اليه، بند ٩٢، د. عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

باخلاء العين المؤجرة من شاغلها بعد انتهاء العقد، فإن محل الاخلاء هو ذات العين. فلأن محل الالتزام هنا هو المحل المباشر للتنفيذ، سمى هذا الأخير تنفيذا مباشرا، ولأن هذا التنفيذ ينصب على عين ما أمر به السند التنفيذى، وصف هذا التنفيذ بأنه عينى(١٦٢).

والمكان الذى يرد عليه الاخلاء الجبرى ليس له شروط معينة(١٦٣)، فهو وإن كان فى الغالب عقارا إلا أنه قد يكون منقولا. كما أنه قد يكون مبنيا أو أرض فضاء. وقد يكون مالا عاما أو خاصا، وقد يكون مخصصا للسكنى أو لغيرذلك من الأغراض.

فالغالب أن يكون المكان محل الاخلاء عقارا، كأن يكون أرضا أو مبنى. ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الاخلاء واردا على منقول اتخذ "نزلا" مثل الخيمة أو ما يسمى "كرفان" أو باخرة أو عوامة معدة لايواء الأشخاص(١٦٤).

---

(١٦٢) أنظر: د. عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٣.

(١٦٣) بخلاف الحال فى محل التنفيذ بالحجز حيث أن هناك أموالا لا يجوز الحجز عليها لعدم ملكية المدين لها أو لعدم قابليتها للتصرف فيها، أو لأن المشرع ينص على عدم جواز الحجز عليها لاعتبارات مختلفة. أنظر فى شروط محل التنفيذ بالحجز، المؤلف، قانون التنفيذ الجبرى، ص ١٤٧ وما بعدها.

(١٦٤) ويلاحظ أن القانون الفرنسى يسمح بتطبيق قواعد الاخلاء على العقارات وكذلك على الاماكن المسكونة lieux habites، وقد اعتبر الفقه أن هذه النزل المنقولة تدخل تحت عبارة الأماكن المسكونة.
أنظر فى ذلك:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 4.

وعندما يكون محل الاخلاء عقارا، فإنه قد يكون أرضا أو مبنى(١٦٥). والأرض قد تكون زراعية أو أرض فضاء. والمبنى قد يكون سكنيا أو غير سكنى(١٦٦). والسكن قد يكون مفروشا أو غير مفروش(١٦٧).

ويستوى في المكان محل الاخلاء أن يكون تحت يد أحد الأفراد أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة. كما يستوى أن يكون المكان ذاته من الأموال الخاصة أو العامة(١٦٨).

المبحث الثانى
أطراف الإخلاء الجبرى

٨١ – تمهيد وتحديد: فى ظل نظام ينطلق من اعتبار اساسى مقتضاه

---

(١٦٥) كل ما هنالك أن المبانى قد تكون لها أسباب إخلاء لا يجوز استصدار سند تنفيذى إلا لتوافر احدها، بينما الأراضى – خاصة الفضاء – يمكن طلب اخلائها لأسباب غير محددة على سبيل الحصر.

(١٦٦) كما لو كان مخصصا للاستغلال التجارى أو الصناعى أو الحرفى أ و المهنة الحرة كعيادة طبيب أو مكتب محامى. ولقد طبق القضاء الفرنسى قواعد الاخلاء الجبرى فى حالات كان فيها محل الاخلاء مرة "مصنعا" تم احتلاله بواسطة العمال المضربين، ومرة أخرى "دور عبادة" كان موضوعا عليه اليد بغير سند قانونى.
أنظر فى ذلك: C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 3.

(١٦٧) يلاحظ أن المادة ١٨ من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الخاص بإيجار الأماكن والتى تنظم حالات الخلاء الأماكن تطبق على الأماكن ولو كانت مفروشة، بل وتضيف حالة انتهاء المدة الى اسباب الاخلاء إذا كان المكان مفروشا.

(١٦٨) بخلاف الحال لو كان التنفيذ يجرى بطريق الحجز. فالمال المملوك للدولة ملكية عامة لا يجوز الحجز عليه (م ١٨٧ مدنى). وحتى المال المملوك لها ملكية خاصة فإنه لا يقبل الحجز فى نظر الكثير من الفقه فى مصر. أنظر فى وجهتى نظر فى المسألة: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٩٩.
ويلاحظ أنه بالنسبة لمحل الاخلاء الجبرى فى فرنسا فإن الرأى هناك يسمح بتطبيق قواعد الاخلاء المنظمة طبقا لقانون ٩ يوليو ومرسوم ٣١ يوليو على الأراضى المملوكة للدولة وتدخل فيما يسمى Domaine Public.
أنظر فى ذلك: C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 3.

أنه يحظر على الدائن أن يقتضى حقه بنفسه(١٦٩)، كان طبيعيا أن وضعت الدولة على عاتقها هى مهمة التنفيذ الجبرى بأن عهدت إلى أحد موظفيها العموميين القيام بما يلزم لاقتضاء حق الدائن بناء على طلبه وذلك فى مواجهة المنفذ ضده. ولعامل التنفيذ أن يستعين بالقوة العامة. ولسوف تنطبق هذه الاحكام على التنفيذ بالاخلاء. فأشخاص التنفيذ بالاخلاء هم طالب التنفيذ والمنفذ ضده وسلطة التنفيذ.

وإذا كان تحديد المنفذ ضده لا يثير فى هذا الصدد مشكلة(١٧٠)، فإن الذى يستدعى البحث هنا هو التأكيد على صاحب الحق فى الاخلاء وعدم سلطته فى مباشرته بنفسه، ثم التأكيد على احتكار المحضر لسلطة الاخلاء الجبرى، وأخيرا تكييف الدور الذى تقوم به القوة العامة فى هذا الصدد.

المطلب الأول

ليس لصاحب الحق فى الإخلاء مباشرته بنفسه

٨٢- اذا كان مبدأ عدم جواز الاقتضاء الذاتى للحق قد فرض على صاحب هذا الاخير أن يستجمع أولا بيده سندا تنفيذيا من بين تلك التى يعطيها القانون هذه الصفة، فانه مبدأ من الاتساع بحيث أنه قد منعه - حتى مع وجود

(١٦٩) "Nul ne peut se faire justice a soi - meme".

(١٧٠) فنحن بصدد تنفيذ "عينى". فإذا كانت الاجراءات توجه إلى الملتزم بالاخلاء وفقا للسند التنفيذى، إلا أن إخلاء المكان يعنى إخلاءه من كل ما يشغله أيا كانت صفة الأشخاص المتواجدين فيه.

هذا السند والاقرار بأنه مفترض كاف للتنفيذ – من أن يباشر عملية التنفيذ بنفسه.

فاذا أردنا ان نلتمس سندا تشريعيا يكشف عن وجود هذا المنع فى قانوننا فيكفى ان نشير الى نص المادة ٦ مرافعات والذى يؤكد على أن "كل.. تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم.."، وهو المعنى الذى استعذب المشرع التأكيد عليه مرة ثانية فى كتاب التنفيذ تحديدا حين نصت المادة ٢٧٩ على ضرورة أن "يجرى التنفيذ بوساطة المحضرين وهم ملزمون باجرائه بناء على طلب ذى الشأن".

وليس بخاف علينا أن حصر الحق فى مباشرة التنفيذ فى شخص مختلف عن صاحب السند التنفيذى يفيد فى نفس الوقت منع هذا الأخير من القيام به بنفسه. ولسوف تزداد قناعتنا بهذه النتيجة حين يظهر لنا أن المشرع كان واعيا بوجود صاحب الحق الثابت فى السند التنفيذى، بدليل أنه قد حدد له دوره والمتمثل فقط فى مجرد تقديم طلب التنفيذ.

وعلى أية حال فان منع صاحب الحق من مباشرة التنفيذ هو حكم لا يحتاج الى مزيد تأكيد. ونظرا لاطلاقه فانه ينطبق أيا كان طريق التنفيذ بطريق الحجز كان أم مباشرا، وهو ما يطوى بين جنباته بالتالى منع صاحب الحق فى الاخلاء الجبرى من مباشرة الاخلاء بنفسه.

٨٣- يبقى بعد ذلك أن نتساءل عما اذا كان يجوز اجراء التنفيذ بالاخلاء فى حضور طالبه. السبب الذى أوحى الينا بهذا التساؤل هو وجود نص المادة ٣٥٥ مرافعات والذى تجرى عبارته على انه "لا يجوز توقيع الحجز فى حضور طالب التنفيذ". وبتقصى القصد الذى أملى على المشرع هذا النص تبين لنا أنه الرغبة فى منع استفزاز المدين ورعاية شعوره وحماية النظام والأمن(١٧١). ألا تبرر حكمة النص هذه الخروج على صريح عبارته وامتداد حكمه ليشمل التنفيذ المباشر ايضا - والاخلاء تنفيذ مباشر - نظرا لتوافر نفس الحكمة هنا ايضا؟ لا نعتقد فى خطأ الاجابة على هذا التساؤل بالايجاب. فالقياس على ما يبدو يتوافر له سنده، ولذلك يمكن القول بأن قانونية حضور طالب الاخلاء عمليه التنفيذ هى محل شك(١٧٢).

على انه لا مانع من حضور مندوب عن طالب الأخلاء - كما لا مانع من حضور مندوب الحاجز الحجز(١٧٣) - حيث لا تتوافر الحكمة من المنع.

---

(١٧١) انظر: د. ابو الوفا، المرجع السابق، بند ١٢.

(١٧٢) ولأن الجزاء الذى يترتب على مخالفة المادة ٣٥٥ مرافعات هو البطلان لعيب شاب الاجراءات لم تتحقق بسببه الغاية منها بشرط ان يكون طالب التنفيذ قد حضر الحجز وتمسك المنفذ ضده بوجوب استبعاد خصمه ولم يمتثل (انظر فى هذا الجزاء: د. ابو الوفا، التعليق، سابق الاشارة اليه، ص ١٣٢٨)، فان القياس يؤدى الى القول بانه لكى يترتب بطلان الاخلاء هنا يجب ان يكون طالب الاخلاء قد حضر عملية التنفيذ وتمسك المنفذ ضده بوجوب استبعاد الطالب فلم يمتثل.

(١٧٣) انظر فى ان حضور مندوب الحاجز عملية الحجز لا ترتب اى بطلان: د. ابو الوفا، المرجع السابق، بند ١٦٣.

المطلب الثانى

المحضر هو عامل التنفيذ المنوط به اجراء الاخلاء

٨٤- اذا كانت المادتان ٦ و ٢٧٩ مرافعات السابق ذكرهما يشكلان سندا تشريعيا لمنع صاحب الحق فى التنفيذ الجبرى من مباشرته بنفسه، فان المعول عليه فى الاستحصال على هذا المعنى كان فى المقام الاول هو ان العبارة فيهما قد عهدت بالمهمة الى "المحضرين". فالقاعدة - والتى لم يرد عليها الا استثناءات معدودة تؤكد القاعدة ولا تنال من عموميتها ، هى أن المحضر - وهو موظف عام يعد من أعوان القضاء - هو الذى يقوم بالتنفيذ. وليس ثمة شك فى أن هذه القاعدة تنطبق على جميع أنواع التنفيذ الجبرى وتطوى(١٧٤) بالتالى تحت جنباتها اخلاء العين(١٧٥).

٨٥- والواقع أن احتكار المحضر تقريبا لأعمال التنفيذ بقدر ما يمنع غيره من اجرائه فانه يفرض عليه فى ذات الوقت الالتزام بالقيام به متى طلب منه ذلك والا لوجد صاحب الحق فى التنفيذ نفسه عاجزا عن اقتضاء حقه، وهى نتيجة تأباها العدالة. ولذلك تنص المادة ٢٧٩ صراحة على أن المحضرين "ملزمون" باجراء التنفيذ متى طلب منهم صاحب الشأن ذلك وكان

---

(١٧٤) د. احمد زغلول، اصول التنفيذ، سابق الاشارة اليه، بند ٢١٦ ص ٣٣١، د. احمد هندى، المرجع السابق، بند ١١.

(١٧٥) ويعد مبدأ احتكار المحضرين لاعمال التنفيذ الجبرى - الاخلاء أو غيره - من المبادئ المستقرة ايضا فى القانون الفرنسى. فوفقا للمادة ١٨ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ فان المحضرين les huissiers de justice هم فقط من يعطيهم القانون سلطة اجراء التنفيذ الجبرى او الحجوز التحفظية. انظر فى انطباق هذه المادة على التنفيذ بالاخلاء تحديدا:

C. LARHER- LOYER, op. cit. n 44.

بيده السند التنفيذى المستوفى مقتضيات التنفيذ(١٧٦). فاذا امتنع عن القيام بالتنفيذ جاز لطالب التنفيذ ان يرفع أمره الى قاضى التنفيذ ليأمره بالقيام به(١٧٧).

٨٦- وفى صدد تنفيذ سند الاخلاء تحديدا، فإن المحضر يملك البدء فى التنفيذ بل واتمامه دون حاجة الى تدخل العضو الآخر فى سلطة التنفيذ وهو قاضى التنفيذ. صحيح ان هذا الاخير له سلطة الاشراف على اجراءات التنفيذ التى يقوم بها المحضر، الا أنه اشراف "لاحق"(١٧٨). بمعنى أن التنفيذ بالاخلاء يصح قانونا اذا قام به المحضر عقب تسلمه طلب التنفيذ والسند التنفيذى ولو لم يعرض الملف على قاضى التنفيذ الا بعد اتمامه. وحتى اذا كانت توجيهات قاضى التنفيذ الى المحضر الذى يعمل تحت رئاسته واشرافه تقضى بضرورة الاستئذان مسبقا قبل اتخاذ الاجراء، أو اتخاذه على نحو معين، فإن مخالفة المحضر لها لا تؤدى إلى بطلان التنفيذ، حيث لم تتم المخالفة لإجراء نص عليه القانون. صحيح أن ذلك يستتبع مسؤلية المحضر التأديبية لعدم اطاعة أمر الرئيس الادارى الا أن الاجراءات التنفيذية تظل رغم ذلك صحيحة(١٧٩).

---

(١٧٦) واعتبار المحضر ملتزما بالقيام بالتنفيذ لهو مقرر أيضا فى القانون الفرنسى بالرغم من أن هذا الشخص عندهم ليس موظفا عاما وانما فقط مكلف بخدمة عامة "officier ministeriel".

انظر فى قيام هذا الالتزام فى القانون الفرنسى: المادة ٢/١٨ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الاشارة اليه. وانظر ايضا

C. LARHER - LOYER, op. cit. no 44.

(١٧٧) انظر المادة ٢٧٩ مرافعات، وكذلك: د. ابو الوفا، المرجع السابق، بند ١٧.

(١٧٨) انظر فى تقييم هذا الاشراف اللاحق وعدم كفايته: د. عزمى عبد الفتاح، نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن ١٩٧٨، دار النهضة العربية، ص ٣٨٦.

(١٧٩) لذلك ينادى البعض (انظر د. احمد زغلول، المرجع السابق، بند ٢١٦، ص ٣٣٢) بأن من الملائم ان يتدخل المشرع ليضع بعض الضوابط يتم فى نطاقها التنفيذ المباشر.

٨٧- ولكن يبقى تساؤل: هل يستأثر المحضر بالتنفيذ الجبرى فى مواد الاخلاء على سبيل الانفراد، أم أن المشرع قد عهد بذلك الى غيره أحيانا؟

الواقع أن هناك أسبابا للاخلاء اذا ما توافر أحدها جاز تنفيذ السند المثبت للحق فى الاخلاء استنادا اليه بغير وساطة المحضر وانما بالطريق الادارى. فيمكن الاخلاء بالطريق الادارى اذا كان السند فى ذلك قرارا اداريا باخلاء المبنى مؤقتا من شاغليه لحاجة أعمال الترميم والصيانة(١٨٠)، أو قرارا أو حكما نهائيا بالهدم(١٨١)، أو قرارا اداريا بالاخلاء فى أحوال الخطر الداهم أو العاجل(١٨٢).

ومع ذلك فانه ينبغى أن يظل واضحا امام الباحث أن جواز اللجوء الى الطريق الادارى للاخلاء فى مثل هذه الحالات لايمنع من ان تعدل عنه الادارة وتطلب اجراء التنفيذ بالطريق القضائى وهو ما يعنى مباشرة الاخلاء بواسطة المحضر وتحت اشراف قاضى التنفيذ(١٨٣).

---

(١٨٠) نصت على جواز التنفيذ بهذا الطريق فى هذه الحالة، المادة ٦٣ من قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر.

(١٨١) نصت على جواز الاخلاء بالطريق الادارى هنا المادة ٦٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالف الذكر.

(١٨٢) نصت على جواز اللجوء الى الطريق الادارى لتنفيذ الأمر بالاخلاء هنا المادة ٦٥ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالف الذكر.

(١٨٣) انظر فى أن الادارة قد تلجأ الى اتباع قواعد التنفيذ فى قانون المرافعات اذا وجدت أن مصلحتها فى ذلك: د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، بند ١٦.

المطلب الثالث
القوة العامة هى مجرد معاون على التنفيذ

٨٨- لا يكفى بعد أن منع القانون صاحب الحق فى الاخلاء الجبرى من القيام به بنفسه أن يكلف المحضر باجرائه. فهذا الاخير قد يلقى مقاومة مادية أو تعديا يحول دون قيامه بمهمته. لذلك كان منطقيا أن يكون من حق المحضر - بل ومن واجبه - ان يطلب معونة السلطة العامة والممثلة اساسا فى الشرطة، وأن تكون هذه السلطة ملزمة بتقديمها عندئذ. وقد صادف هذا المنطق قبولا لدى المشرع المصرى وراح يؤكد عليه فى اكثر من موضع. ويكفى فى هذا الصدد أن نتكشف ذلك بوضوح من مجرد قراءة الصيغة التنفيذية(١٨٤). ولاشك فى أن الحق فى الاستعانة بالقوة العامة ينطبق أيا كان نوع التنفيذ بطريق الحجز كان أم مباشرا، مما يفيد أنه يسرى ازاء تنفيذ سند الاخلاء.

على أن ذلك لا يعنى أن القوة العامة قد إصبحت سلطة تنفيذ. فالسند فى نفى هذه السلطة عنها هو أن التنفيذ موكول كأصل عام الى المحضرين دون غيرهم(١٨٥)، وأن القانون قد قصر دورها على المعاونة على اجراء التنفيذ بناء على طلب المختص به وهو المحضر. اللهم الا فى الحالات التى يسمح فيها القانون بالتنفيذ بالطريق الادارى. ولقد قابلنا مثل هذه الحالات بخصوص الاخلاء(١٨٦)، وعندها يمكن القول بأن القوة العامة تعد مختصة بالتنفيذ. وبناء

---

(١٨٤) فوفقا للمادة ٢٨٠ مرافعات فان صيغة التنفيذ التى توضع على صورة السند التنفيذى تقول عن التنفيذ: "..وعلى السلطات المختصة أن تعين على اجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب اليها ذلك". وهو نفس المعنى الذى تعبر عنه ايضا المادة ٣/٢٧٩.

(١٨٥) أنظر ما سبق بند ٧٤.

(١٨٦) أنظر ما سبق بند ٨٧.

عليه، فانه اذا لم نكن فى اطار الاستثناء، فان التنفيذ بالاخلاء - أو غيره - الذى تقوم به القوة العامة يعد باطلا، بينما التنفيذ الذى يقوم به المحضر يعد صحيحا ولو تم دون اللجوء الى الاستعانة بالقوة العامة. فالاصل أن المحضر ليس ملزما باستصحاب القوة العامة عند التنفيذ(١٨٧).

٨٩- ولكن هل يكون تنفيذ سند الاخلاء صحيحا اذا تم بمعرفة المحضر بعد كسر الابواب (عند غياب المنفذ ضده أو رفضه فتحها) أو المساس بجسد المنفذ ضده (عند فتحه للابواب ومقاومته لدخول المحضر) دون معونة القوة العامة؟

لم يرد فى القانون المصرى نص خاص يجيز ذلك صراحة أو يمنعه بصدد التنفيذ بالإخلاء. ولكن يلاحظ من ناحية ثانية أن القانون نفسه قد تعرض للفرض الذى يحتاج فيه المحضر الى استعمال القوة وذلك بمناسبة التنفيذ بالحجز. وفى هذا الصدد تنص المادة ٣٥٦ مرافعات على أنه "لا يجوز للمحضر كسر الأبواب أو فض الأقفال بالقوة لتوقيع الحجز الا بحضور أحد مأمورى الضبط القضائى ويجب أن يوقع هذا المأمور على محضر الحجز والا كان باطلا..". بل يلاحظ من ناحية ثالثة أن المشرع قد تعرض للفرض الذى لم يكن فيه مع المحضر أحد من القوة العامة وتعرض لمقاومة أو تعد أثناء التنفيذ عموما، فهنا ووفقا للمادة ٣/٢٧٩ مرافعات "وجب عليه ان يتخذ جميع الوسائل التحفظية وأن يطلب معونة القوة العامة والسلطة المحلية".

---

(١٨٧) فليس هناك نص يلزمه بذلك. وهو الحل السائد ايضا فى الفقه الفرنسى. انظر تطبيق ذلك بالنسبة للاخلاء تحديدا:

C. LARHER- LOYER, op. cit. no 45.

مـاذا يمكن أن نستوحى من هذين النصين؟ فى رأينا أنهما يزكيـان وجود قاعدة فى القانون المصرى تمنع المحضر من استعمال قوته الذاتيـة فـى سبيل اجراء التنفيذ(١٨٨) حتى لا يقاومه المنفذ ضده فيضطرب الأمن أو يتم النيل من هيبة السلطة، وان استعـمال القوة مقصور على القوة العامة أو يجب أن يكـون فى حضورها على الاقل. كل ما هنالك أن تدخل هذه القوة العامة لا يكـون الا بناء على طلب المحضر، والذى يجـب عليـه أن يطلبهـا حينئـذ حتـى لا يكـون الاعتداء او الخشية من تكراره حائلا دون قيامه بمهمته التي عهد اليه القـانون بها على سبيل الانفراد تقريبا.

---

(١٨٨) ومما يزكى تصورنا هذا، أنه فى ظل قانون التنفيذ الفرنسى القديم (أى قبل صـدور الاصلاحات التى ادخلها كل من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ ومرسوم ٣١ يوليـو ١٩٩٢) كان التنظيم التشريعى لمسألة وجود الابواب مغلقة يقتصر على مواجهة هذا الفرض بمناسبة الحجز التنفيذى، وكانت المادة ٥٨٧ اجراءات فرنسى قديم (والتى الغيت بمقتضى المادة ٩٤ من مرسوم ٩ يوليو) تنظم المسألة بصياغـة قريبـة الشبه كثيرا من صياغة المادة ٣٥٦ مرافعات مصرى. ومع ذلك فان الفقه الفرنسى كـان يعطى لنص المادة ٥٨٧ فرنسى قديم مدلولا واسعا ويطبق مضمونها فى حالة الاخلاء. انظر فى هذا الشأن

G. WIEDERKEHR, op. cit. n 153 et s..,
R. PERROT, Rev. trim. dr. civ. 1974. 466.

ولكن يلاحظ إن القضاء الفرنسى لم يلتزم تماما بهذا المدلول الواسـع، فلم يعتبر ان المادة ٥٨٧ قابلة للتطبيق فى مواد الاخلاء، وعليه فقـد أبـرأ المحضـر مـن جريمـة انتهاك حرمة مسكن. وكانت الوقائع تتلخـص فـى أن المحضـر المكلـف بتنفيذ حكم الاخـلاء لـم يفتـح لـه أحد ووجـد البـاب مغلقـا، الا ان الشباك كـان "مواربـا" بحيـث استطاع المحضر ان يدخل فيـه ويفتح البـاب من الداخل بمفتـاح وجده فـى احدى حجرات المنزل. فبعد أن نقضـت الغـرفة الجنائية لمحكمـة النقض الفرنسية حكم البراءة واحالت الدعوى، رفضت محكمة الاحالة متابعة الغـرفة الجنائية فـى رأيها. وعند الطعن للمرة الثانية قـررت محكمـة النقض بهيئتها المجتمعـة en assemblee pleiniere رفض الطعن.

انظر فى استعراض هذه القضية وانـه كـان مـن الافضـل تطبيـق نـص المـادة ٥٨٧ فرنسى قديم:

G. WIEDERKEHR, op. cit. n 154 ets.

وبتطبيق هذه القاعدة على التنفيذ الجبرى فى مسألة الاخلاء، فان التنفيذ يكون – من وجهة نظرنا – باطلا بسبب تخلف اجراء قانونى وفوات الغاية، وذلك اذا قام المحضر باجراء الاخلاء الجبرى بقوته الذاتيه ودون الاستعانة فى ذلك بالقوة العامة أو تواجدها على الاقل. وفضلا عن ابطال التنفيذ، فقد تقوم مسؤلية المحضر التأديبية فضلا عن مسؤليته المدنية تجاه المنفذ ضده، بل وايضا مسؤليته الجنائية(١٨٩).

واذا كان الحل الذى نقول به يعتمد على قاعدة نستلهمها من النصوص ودون أن تنطق بها هذه الاخيرة صراحة، فانه من الافضل أن يتدخل المشرع وينص عليها. لذلك يبدو لنا مفيدا أن نضع تحت نظرمشرعنا موقف القانون الفرنسى الصريح فى الفرض محل البحث(١٩٠).

٩٠ – فالمادة ٢١ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الاشارة إليه تواجه صراحة الفرض الذى يكون فيه شاغل المكان المسكون غائبا، أو حاضرا لكنه رفض دخول محضر العدالة. فعندئذ تمنعه هذه المادة من دخول المكان إلا فى حضور أحد أفراد السلطة المحلية الذين عددتهم، فإن لم يوجد أحد منهم ففى حضور شاهدين(١٩١). وتواجه المادة ٥٠ من مرسوم ٣١

---

(١٨٩) فقد تتوافر فى حقه جريمة دخول منزل مسكون.

(١٩٠) فى الحقيقة، لا يواجه المشرع الفرنسى مسألة كسر الابواب أو الدخول عنوة بصدد تنفيذ سند الاخلاء بصفة خاصة، وانما بصفة عامة أيا كان طريق التنفيذ، مباشرا كان أم بطريق الحجز ، مادام يستدعى دخول مكان مسكون. فالمادة ٢١ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ والتى تعد المنظم الاساسى لهذه المسألة انما وردت فى الفصل المخصص للقواعد العامة Dispositions generales.

(١٩١) فيجرى نص المادة ٢١ من قانون ٩ يوليو المذكور كما يلى:

- En l'absence de l'occupant du local ou si ce dernier en refuse l'acces, l'huissier de justice charge de l'execution ne peut y penetrer qu'en presence du maire de la

=

يوليو ١٩٩٢ سالف الاشارة إليه أيضا حالة احتياج المحضر إلى استعمال القوة العامة، فتحدد مسؤول الأمن الذى يتوجه إليه المحضر، وترسم الضوابط التى يجب مراعاتها من تقديم لطلب ترفق به صورة من السند التنفيذى، ويعرض فيه المحضر ما بذله من همة وما لقيه من صعوبات. كما توجب هذه المادة تسبيب قرار الرفض وتستلزم إصدار القرار خلال شهرين وإلا قامت قرينة على الرفض(١٩٢). وأخيرا فانها توجب على المحضر إعلام النيابة العامة وصاحب الحق فى التنفيذ بما حدث من رفض. وتستكمل المادة ١٦ من قانون ٩ يوليو متابعة الحالة حيث تنص على أن رفض السلطة العامة تقديم يد المعونة يعطى الحق فى التعويض.

= commune, d'un conseiller muncipial ou d'un fonctionnaire muncipal delegue par le maire a cette fin, d'une autorite de police ou de gendarmerie, requis pour assister au deroulement des operations ou a defaut, de deux temoins majeurs qui ne sont au service ni du creancier, ni de l'hussier de justice charge de l'execution.

(١٩٢) فيجرى نص المادة ٥٠ من المرسوم المذكور كما يلى:

Si l'hussier de justice est dans l'obligation de requerir le concours de la force publique, il s'adresse au prefet.

La requisition contient une copie du dispositif du titre executoire. Elle est accompagnee d'un expose des diligences auxquelles l'huissier de justice a procede et des difficultes d'execution.

Toute decision de refus de l'autorite competente doit etre motivee. Le defaut de reponse dans un delai de deux mois equivaut a un refus.

Ce refus est porte a la connaissancee du procureur de la Repubique et du creancier par l'hussier de justic.

الباب الثانى
النظام الإجرائى للإخـلاء الجبرى(١)

٩١ - تمهـيد وتقسيم:

سبق أن نوهنا إلى أن قانون المرافعات المصرى لم ينظم اجراءات التنفيذ المباشر بصفة عامة ولا إجراءات الإخلاء الجبرى بصفة خاصة، كما سبق أن أوضحنا الحاجة الماسة إلى تدخل المشرع فى هذا المجال خاصة بالنسبة للإخلاء الجبرى(٢).

ويقدم لنا التشريع الفرنسى نموذجا يمكن أن نحاكيه فى هذا الشأن. فقد تضمن كل من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ ومرسوم ٣١ يوليو ١٩٩٢ سابق الاشارة إليهما تنظيما متكاملا لإجراءات الاخلاء الجبرى. ولذلك سوف يكون مستحسنا ومفيدا أن نقتفى أثر هذا التنظيم حتى يكون تحت نظر سلطة التنفيذ فى مصر وخاصة أن غياب النصوص عندنا يعطيها حرية كبيرة فى الأخذ بمعظم أحكام التنظيم الفرنسى.

وسوف نبدأ أولا بطبيعة الحال باستعراض مقدمات الاخلاء، أى الاجراءات الواجب إتخاذها قبل البدء فى عملية الإخلاء الجبرى. إذ من المعروف أن للتنفيذ الجبرى عموما مقدمات يجب إتخاذها قبل الشروع فيه.

---

(١) أردنا التعبير عن الوسط الإجرائى للإخلاء الجبرى بعبارة النظام الإجرائى وليس بعبارة خصومة التنفيذ نظرا لما يثور حول صحة انطباق هذا الوصف من جدل. أنظر عرضا للرأى القائل بأن اجراءات التنفيذ خصومة ومناقشة وحقيقة موقع فكرة الخصومة من إجراءات التنفيذ الجبرى: د. طلعت دويدار، طرق التنفيذ القضائى، منشأة المعارف، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) أنظر ما سبق، بند ٦ وما يليه.

فإذا ما انتهينا من دراسة هذه المقدمات، كان ضروريا أن نتقصى أبعاد وجوانب عملية الاخلاء الجبرى من الناحية الاجرائية والتى سوف تتحدد من حيث الوقت الذى يجوز فيه الاخلاء، ومن حيث ضرورة تحرير محضر الاخلاء وتبليغه، وتسليم المكان لصاحب الحق فى الإخلاء.

وقد تنتهى عملية الإخلاء عند هذا الحد لولا أن المكان المطلوب إخلاؤه قد يكون مشغولا بمنقولات خاصة بالمنفذ ضده ولم يقم بنقلها خارج المكان. فهنا تثور الحاجة إلى معرفة الاجراءات الواجب اتباعها بشأن هذه المنقولات وتحديد مصيرها النهائى.

وكما تثور الحاجة إلى دراسة النظام الاجرائى للاخلاء الجبرى عند القيام بهذا الاخلاء بصفة أصلية، فإن الحاجة إلى معرفة الاجراءات الواجب اتباعها عند تكرار الاخلاء للمرة الثانية - أو أكثر - قد تثور هى الأخرى. وإذا كانت مواجهة هذه المشكلة من خلال تكرار الإجراءات من جديد ومن بدايتها هو الحل المتصور أن يسود نظاما - كنظامنا - يتطلب ضرورة الحصول على سند تنفيذى جديد لتكرار الاخلاء[٣]، فإن اقتصادا فى هذه الاجراءات يبدو منطقيا فى النظام الذى ييسر عملية الاخلاء التكرارى حتى أنه لا يتطلب الحصول على سند تنفيذى جديد[٤]. ولذلك يبدو لنا منطقيا استعراض النظام الفرنسى فى هذا الصدد.

---

(٣) أنظر ما سبق، بند ٣٤ وما يليه.
(٤) أنظر ما سبق، بند ٤٠ وما يليه.

وهكذا يمكن تقسيم الدراسة فى هذا الباب الى الفصول الأربعة الآتية:

الفصل الاول : مقدمات الاخلاء

الفصل الثانى: اجراءات الاخلاء

الفصل الثالث: مصير المنقولات

الفصل الرابع: النظام الاجرائى عند تكرار الاخلاء

الفصل الأول
مقـدمـات الإخـلاء

٩٢- حصر مقدمات الإخلاء:

يتطلب القانون لمباشرة التنفيذ وصحته أن تتخذ أو تتحقـق عدة اجراءات لا تختلف باختلاف السند التنفيذى الذى يتم بمقتضاه، أو باختلاف طريق التنفيذ المتبع، مباشرا كان أم بطريق الحجز(٥). هذه الاجراءات تسمى بمقدمات التنفيذ لكونها مجرد شرط لصحة اجراءاته وليست داخلة فى تكوينـه، ولكونهـا تسبق التنفيذ(٦). وتتمثل هذه المقدمات فى ثلاث هـى اعـلان السـند التنفيـذى ومضـى مهلة معينة بعد الاعلان وتقديم طلب التنفيذ من ذى الشأن(٧).

واذا كانت هذه المقدمات لا تختلف كما قلنا أيا كان نـوع التنفيـذ، وبالتـالى فإنها تكون مطلوبة قبل التنفيذ بالاخلاء، إلا أن مكـان المعالجـة التفصيليـة لهـا محله هو المراجع العامة فى التنفيذ(٨). كل ما هنالك أننا فى اطار هذه الدراسـة سوف نسعى للبحث عما اذا كان هناك من أوجه خصوصية فى مقـام مقدمـات الاخلاء الجبرى، سواء من حيث القواعد السارية أو المقترحة.

---

(٥) فى هذا المعنى: د. ابو الوفـا، المرجـع السـابق، بند ١٤٧م، د. احمـد هنـدى المرجـع السابق، بند ٩٨.

(٦) انظر فى النتائج المترتبة على هذا التكييف: د. ابو الوفـا، المرجـع السـابق، د. وجـدى راغب، المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها، د. احمد زغلول، المرجع السابق، بند ١٣٧ وما يليه.

(٧) انظر فى الاساس التشريعى لهذه المقدمات المادة ٢٨١ وكذلك المادة ٢٧٩ مرافعات.

(٨) انظر فى تحديد هذه المقدمات وتفصيلاتها والاستثناءات الـواردة علـى قـاعدة ضـرورة اتخاذها: د. احمد زغلول، المرجع السابق، بند ١٢٥ وما يليه.

٩٣- والواقع من الأمر أننا نسارع ونستبعد من نطاق البحث المقدمة المتمثلة فى طلب لا غنى عنه بالنسبة للتنفيذ أيا كان طريقة أو نوعه. فالمادة ٦ مرافعات قد جعلت التنفيذ بواسطة المحضرين "بناء علي طلب الخصم.." وقد اكدت المادة ٢٧٩ ضرورة طلب التنفيذ الذى يقدمه ذو الشأن إلى قلم المحضرين. وهذان النصان من العمومية بحيث ينطبق حكمهما علي التنفيذ المباشر فى صورة الاخلاء. ولم يشترط القانون شكلا معينا يصاغ فيه الطلب أو يتطلب بيانات معينة يجب ان يتضمنها(٩). على أنه يمكن القول بأنه حتى يتحقق الغرض من هذا الطلب فى مجال الاخلاء تحديدا فيجب على الاقل أن يكون مكتوبا وأن يتضمن اسم طالب التنفيذ واسم المنفذ ضده وكذلك تحديد المكان المطلوب اخلاؤه.

وهكذا يضيق نطاق البحث فى مقدمات الاخلاء الجبرى بحيث ينحصر فى اعلان السند التنفيذى ومضى المهلة وسوف نخصص لكل منهما مبحثا.

المبحث الأول
اعلان السند التنفيذى

٩٤- فبالنسبة لاعلان السند التنفيذى، فيقصد بذلك الأعلان لشخص المنفذ ضده أو فى موطنه الاصلي بورقة من اوراق المحضرين تشتمل بالاضافة الى البيانات الواجب توافرها فى اوراق المحضرين عامة، علي صورة من الصورة التنفيذية للسند الذى يراد اجراء التنفيذ بمقتضاه، وعلى تكليف المنفذ ضده بالوفاء وبيان المطلوب منه (ويقصد بذلك هنا تنبيه المنفذ ضده أو انذاره

(٩) د. احمد زغلول، المرجع السابق، بند ١٣٤.

بضرورة الاخلاء من عين محددة)، وعلى تعيين موطن مختار لطالب التنفيذ في البلدة التي بها مقر محكمة التنفيذ المختصة.

٩٥- واذا كان هناك من خصوصية تستوجب تحديد كنهها عندما يكون التنفيذ المزمع اجراؤه هو الاخلاء، فهي أنه اذا كان سند التنفيذ حكما صادرا من القضاء المستعجل بطرد مستأجر من مسكن خاضع لقانون ايجار الاماكن وكان سبب الطرد هو الامتناع أو التأخير في الوفاء بالاجرة (في غير حالة التكرار) فان الاعلان يجب أن يشتمل ايضا - وعلى خلاف القاعدة العامة - على بيان الميعاد الذي سيجرى فيه التنفيذ. والسند التشريعي لهذه الخصوصية نجده في المادة ١٨ من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ سابق الاشارة اليه. فقد اتاحت هذه المادة لهذا المستأجر توقي الطرد اذا ما سدد الاجرة وما في حكمها عند التنفيذ كحد أقصى "وبشرط أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر". فاذا كانت القاعدة العامة لاتلزم صاحب الحق في التنفيذ ببيان الميعاد الذي سيجرى فيه التنفيذ وذلك عند اعلان السند التنفيذي[١٠]، فهذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهو ما فعله المشرع في حالة الاخلاء بمقتضى حكم مستعجل بسبب عدم الوفاء بالاجرة دون تكرار. فشرط تمام التنفيذ في مواجهة المستأجر يفيد - في نظرنا - وجوب بيان ميعاد التنفيذ عند اعلان السند والتزام طالب التنفيذ به بعدئذ. وقد تناولنا هذه المسألة من قبل على نحو أكثر تفصيلا وذلك بمناسبة الحديث عن درء التنفيذ[١١].

---

(١٠) انظر في هذه القاعدة: د. محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٠.
(١١) انظر ما سبق، بند ٥٤

٩٦- ولعل من المفيد أن نسلط الضوء هنا على محتويات التنبيه بالاخلاء le commandement d'avoir a liberer les locaux والتى يعرفها القانون الفرنسى الحديث لما تعكسه من حرص على اعلام المنفذ ضده اعلاما كاملا ودقيقا بحقوقه(١٢). فبالاضافة الى كون التنبيه يتم بورقة من أوراق المحضرين acte d'huissier de justice تعلن للمنفذ ضده فى غير الموطن المختار وتحتوى على بيان السند التنفيذى (أو على صورة منه اذا لم يكن قد سبق اعلانه) فان القانون الفرنسى يستوجب احتواء التنبيه أيضا - وعلى خلاف نظيره المصرى - على تعيين المحكمة التى يمكن تقديم طلب استمهال أو اى منازعة تتعلق بتنفيذ عملية الاخلاء اليها، وعلى تحديدالتاريخ الذى يجب أن يكون عنده المكان خاليا، والانذار بأن الاخلاء الجبرى يمكن أن يجرى ابتداء منه. ويزداد حرص المشرع الفرنسى على اعلان المنفذ ضده بحقوقه عندما يكون محل التنفيذ بالاخلاء هو سكنه الرئيسى. فعندئذ يجب ان

(١٢) قد نظمت التنبيه بالإخلاء المواد ١٩٤- ١٩٦ من المرسوم الصادر فى ٣١ يوليو ١٩٩٢ والذى سبقت الاشارة اليه. وهى على النحو الآتى:

Art. 194.- Le commandement d'avoir a liberer les locaux prend la fome d'um acte d'huissier de justice signifie a la personnè expulsee et contient, a peine de nullite:
1. L'indication du titre executoire en vertu duquel l'expulsion est poursuivie,
2. La designation de la juridiction devant laquelle peuvent etre portees les demandes de delais et toutes contestations relatives a l'execution des operations d'expulsion;
3- L'indication de la date a partir de laquelle les locaux devront etre liberes;
4- L'avertissement qu'a compter de cette date il pourra etre procede a l'expulsion forcee du debiteur ainsi qu'a celle de tout occupant de son chef.
Ce commandement peut etre delivre dans l'acte de signification du jugement.
Art. 195. - Lorsque l'expulsion porte sur un local affecte a l'habitation principale de la personne expulsee ou de tout occupant de son chef, le commandement d'avoir a liberer les locaux contient, a peine de nullite, en plus des mentions prevues a larticle 194, la reproduction de larticle 62 de la loi du 9 juillet 1991 et celle des articles L. 613-1 a L. 613-5 du Code de la construction et de l'habitation.
Art. 196.- Le commandement d'avoir a liberer les locaux ne peut etre signifie a domicile elu.

يحتوى التنبيه بالاضافة الى كل ما سبق - عل نصوص القانون التى تتعلق بالمدد القانونية التى لا يجوز التنفيذ بالاخلاء قبل انقضائها[١٣]، وعلى نصوص القانون التى تنظم حق الاشخاص الذين يعوزهم المسكن فى تقديم طلب اعادة التسكين لدى الجهاز المختص[١٤].

٩٧- ولا نستطيع من جانبنا رفض الانضمام الى موقف المشرع الفرنسى هذا. اذ لا يخفى على أحد الجانب المأساوى الذى ينطوى عليه الاخلاء الجبرى[١٥] خاصة للمساكن. ولسوف يخفف من ذلك أن يحاط المنفذ ضده على نحو محدد بالمكنات التى يضعها القانون تحت تصرفه لتوقى التنفيذ. وليس أفضل فى ذلك من أن يتضمن الاعلان بالسند التنفيذى والانذار بالاخلاء الموجه للمنفذ ضده المعلومات التى قد تسعفه فى هذا الصدد كما فعل المشرع الفرنسى. ولذلك يا حبذا لو تدخل المشرع المصرى واعتمد فى نصوصه كل أو بعض التنظيم الفرنسى. بل ونهيب به - أى المشرع المصرى - أن يكون من بين المعلومات التى يجب على طالب الاخلاء ان يضمنها فى الاعلان بيانا متعلقا بحق المستأجر فى توقى التنفيذ اذا قام بالوفاء بالاجرة قبل التنفيذ وذلك فى الحالات التى يجرى فيها التنفيذ بحكم مستعجل وتوافرت باقى الشروط التى نصت عليها المادة ١٨ (ب) فقرة ثانية من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ سابق الاشارة اليه. وكذلك نهيب به أن يوجب تضمين الانذار بالاخلاء

---

(١٣) وهى كل من المواد: ٦٢ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الاشارة اليه، ول ٦١٣-١ و ل٦١٣-٢ ول٦١٣-٣ من قانون البناء والاسكان. وسوف نتناول بيان هذه المدد حالا. انظر ما يلى بند ١٠٨ وما يليه.

(١٤) ويقصد بذلك نصوص المادتين ل ٦١٣-٤ ول٦١٣-٥ من قانون البناء والاسكان سابق الاشارة اليه.

(١٥) انظر ما سبق، بند ٢.

أيا كان سنده – نص المادة ٣١٢ مرافعات والتى تعطى المنفذ ضده حق التقدم بطلب موقف للتنفيذ بمجرد تقديمه.

المبحث الثانى
منح المنفذ ضده مهلة للاخلاء الاختيارى

المطلب الأول
المهلة فى القانون المصرى – ضرورة تعديلها

٩٨– بالنسبة للمهلة التى يحظر خلالها التنفيذ، فيقصد بذلك فى القانون المصرى انه لا يجوز التنفيذ كقاعدة عامة الا بعد انقضاء يوم على الأقل من اعلان السند التنفيذى(١٦).

ومنح المنفذ ضده-هذه المهلة قبل التنفيذ هو قاعدة عامة تسرى أيا كان سند التنفيذ وأيا كان نوعه، مما يجلعها تنطبق على الاخلاء الجبرى. والحكمة منها هى تمكين المنفذ ضده من أن يتدبر أمره، فإما أن يقوم بالتنفيذ الاختيارى ويتجنب بذلك التنفيذ الجبرى ونفقاته، وإما أن يرفع اعتراضه الى القضاء من خلال وسيلة تمنع البدء فى التنفيذ أو على الاقل اتمامه هى طلب الوقف طبقا

---

(١٦) حددت ذلك المادة ٢٨١/٤ مرافعات. على أنه اذا كان التنفيذ موجها ضد خلف المدين أو من يقوم مقامه (وذلك على فرض وفاة المدين أو فقده لأهليته أو زوال صفة من كان يباشر الاجراءات نيابة عنه) فان المهلة التى يجب ان تنقضى قبل اجراء التنفيذ هى ثمانية أيام من تاريخ اعلانهم بالسند التنفيذى. حددت هذا الميعاد الاخير المادة ٢٨٤/ ١ مرافعات. ويطبق على هذا الميعاد أو ذاك القواعد العامة فى شأن المواعيد، سواء من حيث منح المدين ميعاد مسافة، أم من حيث كيفية حساب الميعاد. انظر فى ميعاد التنفيذ: د. احمد زغلول، المرجع السابق، بند ١٣١ وما يليه.

للمادة ٣١٢ مرافعات. ويمكن أن نضيف الى ذلك بخصوص الاخلاء الجبرى بصفة خاصة – وبصفة أخص عندما يكون سند التنفيذ حكما صادرا من القضاء المستعجل بالطرد لعدم الوفاء بالاجرة – أن منح المنفذ ضده مهلة قبل التنفيذ قد تمكنه من القيام بالوفاء بالاجرة أو بعرضها عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء وهو ما يدرء عنه التنفيذ تماما طبقا للمادة ١٨ (ب) فقرة ثانية من قانون ١٣٦٤ لسنة ١٩٨١ الخاص بايجار الاماكن.

٩٩– ولا شك أن المرء ليس فى حاجة الى جهد – ولو قليل – لكى يتبين له أن المهلة التى أتت بها القواعد العامة قصيرة لدرجة لا تسمح بتحقيق الغاية من منحها خاصة فى مسألة الاخلاء.

فاذا كان ممكنا الدفاع عن قصر المهلة عندما يكون طريق التنفيذ الواجب الاتباع هو التنفيذ بطريق الحجز ونزع الملكية، اذ قد يجد تضييق الميعاد مبرره فى ألا تتاح للمدين فرصة تهريب أمواله – خاصة المنقولة – ومنع الدائن – بالتالى – من الحصول على حقه(١٧)، الا أن هذا التبرير ليس له محل فى التنفيذ المباشر خاصة اذا كان اخلاء. فلا يوجد هنا مال يقبل التهريب ولن يكون طول المدة – نسبيا – حائلا دون حصول الدائن على حقه. كما يجب أن نضع موضعا متقدما فى الذهن ما يمكن أن يلاقيه المنفذ ضده وأسرته من صعوبة – ان لم نقل استحالة – فى العثور على "مأوى" بديل خلال هذه المدة القصيرة للغاية عندما يكون الاخلاء واردا على المسكن، وهو الوضع فعلا فى الغالبية العظمى – ان لم نقل كل – الحالات. مثل هذا الاعتبار

---

(١٧) انظر فى انتقاد قصر المهلة حتى فى حالة التنفيذ بطريق الحجز: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١١٥.

العملى والانسانى يستحق بجدارة أن يكون - فى ظل أزمة اسكان حادة - تحت نظر المشرع ودافعا له أن يعدل القانون ويجعل المهلة التى لا يجوز التنفيذ بالاخلاء قبل انقضائها ليست ضيقة كما هى الآن(١٨).

١٠٠- ولكن الى أن يقوم المشرع باطالة المدة التى يحظر خلالها الاخلاء، فان السؤال الذى يجب طرحه هو الآتى: هل من وسائل قانونية حالية تسمح بأن تكون أمام المنفذ ضده مهلة معقولة قبل اتخاذ اجراءات الاخلاء الجبرى قباله؟

والواقع أنه يمكن ان نعثر على ضالتنا المنشودة فى وسائل ثلاث: أن ينص القانون ذاته على أجل معين لا يجوز خلاله الاخلاء، أو أن يتضمن

---

(١٨) وقد يثور فى ذهن البعض أنه ليس لتطويل المدة محل نظرا لأنها فى الحقيقة أطول من ذلك بكثير. فالمنفذ ضده يتوقع الاخلاء - وبالتالى كان عليه ان يدبر أموره - منذ رفع الدعوى عليه، وقد زاد توقعه بعد صدور حكم ابتدائى ضده بالاخلاء. وحتى اذا قلنا بأن التأكيد القضائى بوجوب الاخلاء لم يتحقق الا بعد صدور الحكم النهائى فى الاستئناف، فانه سوف تنقضى فترة ليست بالقصيرة قبل التنفيذ. إذ أن اتخاذ مقدمات التنفيذ يستلزم سبق الحصول على صورة تنفيذية (حتى يمكن أن تتحقق المقدمة الاولى وهى اعلان المدين بالسند التنفيذى) ثم اعلانها، وهو ما يستغرق وقتا يعلم المنفذ ضده خلاله أن الاخلاء الجبرى اصبح راجحا، وبالتالى كان عليه ان يدبر أموره خلالها.

والواقع أن هذا الرأى - ان وجد - قد يبدو مقبولا اذا كان التنفيذ يجرى دائما بمقتضى حكم قضائى نهائى. ولكن - وكما سبق ورأينا - فان هناك سندات تنفيذية اخرى فى هذا المجال غير هذا الحكم. ولعل ابرزها هو الحكم القضائى المستعجل، فهو يقبل التنفيذ رغم قابليته للاستئناف بل ولا مانع من أن يأمر القاضى بتنفيذه بموجب مسودته ودون حاجة الى مقدمات تنفيذ.

وحتى عندما يكون السند التنفيذى حكما نهائيا، فيجب أن نضع فى الاعتبار أنه طالما لم يصدر هذا الحكم، فلن يكون المنفذ ضده فى وضع الملتزم بالاخلاء الجبرى، وقد يكون عذره مقبولا فى عدم السعى للعثور على سكن بديل حيث قد يكون حسن النية لاعتقاده - بناء على اسباب معقولة - بان دعواه راجحة الكسب، خاصة اذا كان الحكم الابتدائى قد صدر بعدم الاخلاء.

السند التنفيذى ذاته مهلة لا يتوافر الحق فى الاخلاء الا عند انقضائها، أو ان يمنح قاضى التنفيذ مهلة للمنفذ ضده.

§ ١- الوسيلة الاولى: أن ينص القانون ذاته على أجل معين لا يجوز التنفيذ قبل انقضائه:

١٠١- نحن لا نعول فى ذلك بالطبع على نص المادة ٤/٢٨١ مرافعات والتى أعطت يوما واحدا كمهلة للتنفيذ كقاعدة عامة، فقد رأينا انها لا تتلاءم ابدا مع الاخلاء. وانما نحن نعول فى ذلك على نصوص اخرى وردت فى قوانين الاسكان والتى تصدت لمسألة الاخلاء، خاصة القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

فطبقا للمادة ٢/٥٠ من هذا القانون، لا يكون الحكم بالاخلاء استنادا الى حالة هدم المبانى غير السكنية لاعادة بنائها بشكل أوسع قابلا للتنفيذ، إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ النطق به(١٩).

وطبقا للمادة ١/٦٥ من نفس القانون، لا يكون القرار الادارى الصادر بالاخلاء فى أحوال الخطر الداهم قابلا للتنفيذ الجبرى قبل اسبوع على الأقل من العلم بالقرار(٢٠).

---

(١٩) ولا نعتقد من جانبنا فى أن المحكمة ملزمة بالنص فى حكمها على هذا الميعاد، فهو مقرر بقوة القانون (انظر عكس ذلك: د. ابو الوفا، التعليق على قانون ايجار الاماكن، سابق الاشارة اليه، ص ٣٧٦). اللهم الا اذا رأت المحكمة زيادة المهلة المقررة فى المادة ٢/٥٠ اذا اقتضت ذلك ظروف الحال (انظر فى ان المحكمة تملك هذه الزيادة: د. ابو الوفا، نفس المرجع، نفس الصفحة).

(٢٠) اللهم الا فى حالة تهديد البناء بالانهيار العاجل، فهنا يكون للجهة الادارية المختصة بشئون التنظيم الحق فى اخلاء البناء فورا (مادة ١/٦٥ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧).

§ ٢- الوسيلة الثانية: أن يتضمن السند التنفيذى للاخلاء ذاته مدة للاخلاء الاختيارى:

١٠٢- فى هذه الحالة يعتبر الحق المطلوب اقتضاؤه - الحق فى الاخلاء - مضافا الى أجل مما يفقده شرطا من شروط الاقتضاء الجبرى للحق المنصوص عليها فى المادة ١/٢٨٠ مرافعات، ونقصد بذلك شرط حلول الاداء. ولا يكون الحق فى الاخلاء الجبرى منجزا الا بعد انقضاء المهلة.

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه فى هذا الصدد هو الآتى: هل من المتصور أن يتواجد سند تنفيذى بالاخلاء ويتضمن مهلة لا يجوز التنفيذ الجبرى قبل انقضائها ويكون ذلك متفقا مع صحيح القانون؟

١٠٣- فى الواقع أن هذه التصور يمكن أن يصادف اعتمادا تشريعيا فى بعض الحالات، نصت عليها قوانين الايجار الاستثنائية، خاصة قانون ٤٩ لسنة ٧٧ سابق الاشارة اليه.

من ذلك ما نصت عليه المادة ١/٦٣ من هذا القانون من أن الجهة الادارية التى تصدر قرارا اداريا بالاخلاء المؤقت لمقتضيات أعمال الترميم والصيانة (وذلك اذا سبق وصدر قرار ادارى نهائى أو حكم قضائى بالترميم والصيانة طبقا لاحكام الفصل الخاص بالمنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة) عليها أن تحدد المدة التى يتم خلالها الاخلاء، بحيث لا يجوز تنفيذ هذا القرار الا بعد انقضائها.

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٦٤ من القانون نفسه من أنه "على شاغلى العين الصادر قرار أو حكم نهائى بهدمها أن يبادروا الى اخلائها فى المدة المحددة فى الحكم اوالقرار..." وهو ما يفيد ان سند التنفيذ – القرار أو الحكم – يجب أن يحدد مهلة للاخلاء الاختيارى، بحيث لا يجوز الاخلاء الجبرى قبل انقضائها.

وبالاضافة الى ما سبق، فانه اذا كان سند التنفيذ محضر صلح مصدق عليه، فلن يكون هناك أى مانع قانونى من ان يتضمن هذا المحضر المدة التى لا يجبر الملتزم بالاخلاء على التنفيذ الا بعد انقضائها.

كذلك الشأن فى الاحوال التى يكون فيها سند الاخلاء حكم محكمين[٢١]. فهنا لا يمانع المشرع من أن يمنح المحكم مهلة للاخلاء يضمنها حكمه.

١٠٤– ومتى أوضحنا ما تقدم، تساءلنا ابتداء: وماذا عن الحكم القضائى الصادر بالاخلاء أو الطرد من المكان المؤجر استنادا إلى توافر أحد اسباب الاخلاء المنصوص عليها فى المادة ١٨ من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، وهو اكثر السندات التنفيذية شيوعا فى مجال الاخلاء؟ هل يملك القاضى فى هذه الحالة سلطة منح مهلة لتنفيذ الاخلاء الاختيارى؟

الواقع أنه يمكن ان نتخذ – مع بعض الفقه[٢٠] – من نص المادة ٣/٣٤٦ مدنى نقطة انطلاق يجب الرحيل منها لمعرفة الحكم الواجب اعماله فى هذا

(٢١) انظر فى الاحوال التى يتصور فيها صحة صدور قرار بتنفيذ حكم محكم فى مواد الاخلاء: ما سبق بند ٢١.

الصدد. اذ تقضى هذه المادة بأنه ".. يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، اذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التاجيل ضرر جسيم". ولا مجال للقول هنا بان قانون المساكن يعطل أى حكم من احكام القانون العام ما لم ينص صراحة على غير ذلك(٢٣). وبناء عليه يكون من الجائز قانونا عند الحكم بالاخلاء تحديد مهلة أو أجل معقول للتنفيذ الاختيارى(٢٤).

ينطبق ذلك سواء بالنسبة للقضاء الموضوعى أو القضاء المستعجل. اذ أن منح القاضى المستعجل مهلة للمحكوم عليه بالطرد لا ينطوى بالضرورة على تعرض لأصل الحق، خاصة اذا تبين من ظروف الدعوى أن حقوق المؤجر مكفولة وانه لن يلحقه أى ضرر اذا استمر المستأجر شاغلا للعين طوال المهلة

(٢٢) انظر: د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٢٤.
(٢٣) د. أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٢٥.
(٢٤) ويلاحظ ان الدكتور العميد ابو الوفا – رحمه الله – يستند ايضا (انظر: المرجع السابق، ص ٣٢٥) كأساس قانونى لسلطة قاضى الموضوع فى منح مهلة للاخلاء الى "أن الذى يملك الكثير يملك القليل، ومن يملك الحكم بالاخلاء والتسليم الفورى ويملك عدم الحكم بهما، يملك من باب أولى تحديد أجل لتنفيذ الحكم". ولا نستطيع من جانبنا الانضمام اليه فى هذه الحجة الا فى الأحوال التى يعطى القانون فيها للقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالاخلاء. والقراءة المتأنية للمادة ١٨ من قانون المساكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٨ – والمقابلة للمادة ٣١ الملغاة من قانون ٤٩ لسنة ٧٧ – تكشف عن ان القضاء لا يملك كمبدأ عام اية سلطة تقديرية فى هذا المجال متى ثبتت لديه المخالفة سبب الاخلاء. اللهم الا فى حالة تكرار الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالأجرة.

الممنوحة له(٢٥). فضلا عن أن عمومية المادة ٣/٣٤٦ مدنى سالفة الذكر تمثل سندا تشريعيا فى هذا الصدد(٢٦).

§ ٣- الوسيلة الثالثة: أن يمنح قاضى التنفيذ أجلا للمنفذ ضده:

١٠٥- والواقع أن التسليم بهذه الوسيلة يحتاج الى سند من المشروعية(٢٧). وقد يلجأ المنفذ ضده الى طلب وقف التنفيذ - أو ما يعبر عنه بالاشكال الوقتى فى التنفيذ - ويستند فى تأسيس طلبه الى حاجته للمهلة. وهنا ايضا يقضى المنطق القانونى المجرد برفض الطلب. صحيح أن طلب الوقف انما يعد من منازعات التنفيذ الا أن الاستجابة له تقتضى توافر شرطين(٢٨) هما الاستعجال - وهو دائما مفترض فى طلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ - وترجح الغاء التنفيذ، وهو ليس ما استند اليه طالب الوقف فى الفرض محل البحث(٢٩). ولذلك فان ما يجرى عليه العمل احيانا من الحكم بوقف التنفيذ بالنظر الى حاجة المنفذ ضده الى مهلة انما يستجيب الى اعتبارات عملية اكثر منها قانونية.

---

(٢٥) انظر محمد على راتب و محمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، المرجع السابق، بند ٣٥٨، محمدعبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٠٣ والاحكام المشار اليها فى هامش (٢) نفس الصفحة.

(٢٦) د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

(٢٧) اذ لا يدور طلب الاستمهال حول الشروط التى يجب توافرها لاجراء التنفيذ الجبرى. انظر فى المقصود بمنازعات التنفيذ: د. ابو الوفا، التعليق على قانون المرافعات، سابق الاشارة اليه، ص ١٠٣٩ وما يليها.

(٢٨) انظر فى دراسة تفصيلية بشروط الحكم فى طلبات وقف التنفيذ: للمؤلف، طلبات وقف التنفيذ، سابق الاشارة اليه، بند ٨٣ وما يليه.

(٢٩) انظر مع ذلك الرأى الذى يجيز عقد الاختصاص لقاضى التنفيذ بصدد امهال المدين من خلال الحكم بوقف التنفيذ وذلك عندما يكون السند التنفيذى ليس حكما قضائيا: د. أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٠٣٨.

١٠٦- وقد يقترب من هذه الوسيلة ان يتقدم المنفذ ضده الى قاضى التنفيذ طالبا منه - من خلال نظام الاوامر على عرائض امهاله فترة زمنية يمتنع خلالها الاجبار على الاخلاء. ولا شك ايضا فى عدم مشروعية هذه الوسيلة حيث ان المشرع قد نظم وقف التنفيذ بحيث يتم من خلال خصومة قضائية مستعجلة وليس من خلال خصومة العرائض ان صح التعبير. فضلا عن أن نظام الاوامر انما ورد فى القانون على سبيل الحصر، وليس طلب الوقف - والحقيقة ان الامهال وقف - من بين الحالات التى نص القانون على امكان طلبها من خلال العريضة(٣٠). ولعل ما دفع قضاء التنفيذ للجوء الى هذه الوسيلة بالرغم من عدم ارتكازها على اساس قانونى سليم، هو أنه قد تعرض عليه حالات تتوافر فيها مبررات قوية تدعو الى الشفقة بالمنفذ ضده، حيث يترتب على تنفيذ سند الاخلاء جبرا وبعد يوم من اعلانه ان يجد نفسه واسرته ومنقولاته فى الطريق العام.

١٠٧- وتقودنا هذه الملاحظة الى أن الاعتبارات العملية وما تقتضيه من ضرورة منح المنفذ ضده بالاخلاء مهلة معقولة لكى يعثر خلالها على مسكن - إن وجد - فى ظل أزمة اسكان مستحكمة، وإن كانت لا تسمح للقاضى بان يصدر على ضوئها حكما مخالفا للقانون الا أنها تضطره أحيانا إلى ذلك. وكان الاولى أن تدفع هذه الاعتبارات المشرع نفسه الى تعديل القانون على نحو يتجاوب معها، حتى لا نجعل القضاء مضطرا الى اباحة المحظور، وهو ما نسلم به على مضض.

---

(٣٠) انظر فى الحجج العديدة التى ترفض منح المهلة أو وقف التنفيذ من خلال نظام العريضة: عز الدين الدناصورى وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، من إصدارات نادى القضاة، الطبعة السابعة، ١٩٩٢، ص

مثل هذا التفاوت بين ما يحدث فى التطبيق العملى وبين النصوص لا نجده فى القانون الفرنسى، حيث لم يغفل هذا التنظيم القانونى عن منح المنفذ ضده مهلة حددتها النصوص وتعتبر معقولة بالنظر لمسألة الاسكان هناك. لذلك يبدو لنا مناسبا الاحاطة السريعة بهذا التنظيم حتى يمكن الاستهداء به عندما يحين الوقت ويتدخل المشرع المصرى ويضع التنظيم المقابل.

المطلب الثانى
المهل فى القانون الفرنسى

١٠٨ – المهل التى لا يجوز خلالها الاخلاء الجبرى فى فرنسا على أنواع أربعة(٣١)، ويهدف معظمها أساسا إلى رعاية المنفذ ضده عندما يكون محل التنفيذ هو مسكنه الرئيسى. وفى هذا الصدد قد يمكن الجمع بين أكثر من نوع من هذه الأنواع الأربعة.

١٠٩ – فهناك أولا مدة الشهرين والتى نصت عليها المادة ٦٢ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الإشارة اليه(٣٢). هذه المادة ينحصر مجال

---

(٣١) أنظر فى شرح هذه المهل:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 21 et s.

(٣٢) ويجرى نص هذه المادة كما يلى:

"Si l'expulsion porte sur un local affecte a l'habitation principale de la personne expulsee ou de toue occupant de son chef, elle ne peut avoir lieu ... qu'a l'expiration d'un delai de deux mois qui suite le commandement. Toutefois, par decision speciale et motivee, le juge peut, notamment lorsque les personnes dont l'expulsion a ete ordonnee sont entrees dans les locaux par voie de fait, reduire ou supprimer ce delai.

=

تطبيقها فى حالات الاخلاء من المكان الرئيسى المخصص للسكنى، وتمنح بقوة القانون لكل منفذ ضده ولو كان قد دخل المكان بطريق التعدى. وهى تسرى ابتداء من اعلان المنفذ ضده بالتنبيه بالاخلاء.

هذه المدة تقبل التعديل لاحقا بواسطة القضاء، إما بانقاصها أو حتى بإلغائها، وإما بتطويلها.

فيمكن إنقاصها أو الغاؤها بحكم (٣٣) لاحق على صدور حكم الاخلاء، ويجب أن يكون حكم الانقاص أو الالغاء هذا مسببا. وليس هناك شروط محددة للاستجابة لطلب الانقاص أو الالغاء. كل ما يستفاد من النص أن ذلك يستهدف بصفة خاصة حالات احتلال المساكن بطريق التعدى المادى.

– كما يمكن من ناحية أخرى إطالة المدة(٣٤) بحكم يضيف إلى مدة الشهرين مدة إضافية لا يجوز أن تزيد عن ثلاثة أشهر (بحيث يمكن بالتالى أن يصل المجموع إلى خمسة أشهر). كل ما هنالك أن الحكم باطالة المدة هنا

= Lorsque l'expulsion aurait pour la personne concernee des consequences d'une exceptionnelle durete, notamment du fait de la periode de l'annee considere ou des circonstances atmospheriques, le delai peut etre proroge par le juge pour une duree n'excedant pas trois mois".

(٣٣) ولم تحدد النصوص صراحة القضاء المختص بالانقاص أو الالغاء. إلا أن التفسير الذى يجب اعطاؤه فى هذا الصدد هو الذى يعطى الاختصاص لكل من قاضى التنفيذ وكذلك لقاضى الأمور المستعجلة التابع للمحكمة التى أصدرت حكم الاخلاء. أنظر فى هذا التفسير:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., No. 26.

(٣٤) وقد حددت المادة ١٩٨ من مرسوم ٣١ يوليو ١٩٩١ سابق الاشارة اليه أن القضاء المختص بإطالة المدة هو وحده قاضى التنفيذ بشرط أن يكون اعلان تنبيه الاخلاء قد تم. أما قبل ذلك فيمكن أيضا اللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة المختص.
أنظر فى ذلك:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 42.

C. LARHER - LOYER, Op.Cit, no 29.

مرهون بأن يكون الاخلاء - فى ظل ظروف الدعوى المرفوعة بطلب التمديد - من شأنه أن يؤدى إلى نتائج قاسية للمنفذ ضده مما يتجاوز الحدود المعقولة. ومن المعايير التى يمكن أن يستلهمها القاضى فى هذا الصدد ما ذكره النص على سبيل المثال كالوقت من السنة أو الظروف الجوية(٣٥).

١١٠ - وهناك ثانيا مدة الثلاثة أشهر كحد أدنى والثلاث سنوات كحد أقصى، والمنصوص عليها فى المادة ل ٦١٣ - ١ من تقنين البناء والإسكان(٣٦). والأماكن الخاضعة لتطبيق هذه المادة تشمل الأماكن المخصصة للسكنى - رئيسية كانت أم غير رئيسية - وتلك المخصصة للاستعمال المهنى (التجارى أو الصناعى أو الحرفى أو المهن الحرة)، وبصرف النظر عما إذا كان له سند قانونى أم لا(٣٧). والمدة هنا لا تمنح

---

(٣٥) أنظر فى تطبيقات قضائية لفكرة النتائج التى تتجاوز الحدود المعقولة إذا حدث الاخلاء، وذلك قبل ظهور نص المادة ٦٢ - من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الاشارة اليه - إلى الوجود، وأن ذلك ينطبق على حالة الأشخاص البالغين الخاضعين للحماية، وعلى الحالة الصحية للشخص وكونه طاعنا فى السن ومريضا مرضا شديدا، وعلى الأعباء العائلية الثقيلة وضعف الموارد وصعوبات العثور على مسكن آخر:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 41.

(٣٦) ويجرى نص هذه المادة كما يلى:

"Le juge des referes ... peut ... accorder des delais renouvelables ..."

وتأتى بعد ذلك المادة ل ٦١٣ - ٢ وتحدد هذه المهلة وتقول:

"La duree des delais prevus a l'article precedent ne peut, en aucun cas, etre inferieure a trois mois ni superieure a trois ans".

(٣٧) أنظر فى نطاق تطبيق المادة ل ٦١٣ - ١ من تقنين البناء والاسكان:

C, LARHER LOYER, Op.Cit., no 28 et s.

ويلاحظ أنه لا تنطبق مهلة هذه المادة على كل من: المساكن المشغولة بواسطة طلاب لم يعودوا مستوفين للشروط التى على ضوئها تم إسكانهم، والمساكن التى صدر حكم باخلائها لصالح المالك بالاستناد إلى حقه فى استعادة مسكنه المؤجر. أنظر فى ذلك:

بقوة القانون وإنما بناء على حكم يشترط لصدوره فى صالح المنفذ ضده[٣٨] ألا يكون ممكنا إعادة التسكين وفق أوضاع طبيعية des conditions normales. معنى ذلك أن القاضى لا يأخذ فى اعتباره لكى يقرر مبدأ منح المهلة إلا ظروف شاغل المكان. على أن ظروف الطرفين معا - شاغل المكان ومالكه - تدخل فى الاعتبار عند تحديد مدة هذه المهلة.

ويلاحظ هنا أن هذه المهلة قد تمنح من القاضى الذى أصدر الحكم بالاخلاء وفى نفس هذا الحكم. وهنا لا مانع من أن يقررها القاضى من تلقاء نفسه[٣٩].

أما بعد صدور حكم الاخلاء وخلوه من المهلة - لعدم طلبها وفى نفس الوقت لم ير القاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه - فإن الاختصاص بطلب المهلة لا ينعقد لقاضى الاخلاء وإنما لقاضى الأمور المستعجلة أو لقاضى التنفيذ[٤٠]. وعلى أية حال، فإن مجرد التقدم بالطلب ليس مانعا من التنفيذ[٤١].

---

(٣٨) أنظر فى شروط منح المهلة المنصوص عليها فى المادة المذكورة بالمتن.
C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 30.

(٣٩) وهو ما تقرره المادة ل ٦١٣ - ١ فقرة ثانية صراحة.

(٤٠) فقبل اعلان التنبيه بالاخلاء ينعقد الاختصاص لأى منهما، أما بعد هذا الاعلان فلا ينعقد الاختصاص إلا لقاضى التنفيذ وحده. أنظر فى الاختصاص بمنح مهلة المادة ل ٦١٣ - ١، السالفة الذكر.
C. LARHER - LOYER, Op.Cit, no 31.

(٤١) أنظر فى الحكمة من ذلك وانها تتمثل فى الا يسعى المنفذ ضده الى اطالة اجراءات خصومة هذا الطلب، وأنظر أيضا فى أن ما يخفف من ذلك هو امكانية طلب هذه المهلة أثناء خصومة دعوى الاخلاء وقبل صدور الحكم به، وأنظر كذلك فى أن على المحضر أن يكون حذرا حتى لا تنعقد مسئوليته، فعليه ألا يقوم بتنفيذ الاخلاء جبرا بينما الحكم فى طلب المهلة كان على وشك الصدور:
C, LARHER - LOYER, Op.Cit., no 28.

١١١ – وهناك ثالثا المهلة الشتوية la treve hivernale التى نصت عليها المادة ل ٦١٣ – ٣ من تقنين البناء والاسكان. فوفقا لهذه المادة يقف الاخلاء الجبرى وذلك بقوة القانون فى الفترة ما بين الأول من شهر نوفمبر من كل عام وحتى الخامس عشر من مارس من السنة التالية(٤٢).

وهى مدة مفروضة بقوة القانون ولا تحتاج إلى صدور حكم قضائى بها(٤٣). وهى تطبق إزاء كل أخلاء. يستوى فى ذلك المساكن أو الأماكن المخصصة لممارسة المهن أو الحرف. كما يستوى فى المسكن أن يكون رئيسيا أو ثانويا. كما تطبق حتى بالنسبة لشاغلى الفنادق المفروشة(٤٤). فقط يخرج من نطاق الاستفادة بالمهلة الشتوية طائفتان(٤٥): الأولى تجمع حالات لم ير المشرع أن تستفيد من المهلة وذلك بالنظر الى طبيعة المكان، حيث لا يستفيد من المهلة الشتوية شاغلى الأماكن المخصصة للطلبة ذلك عندما تصبح الشروط التى على ضوئها تم تسكينهم فى هذه الأماكن غير متوافرة، كما لا يستفيد من المهلة الشتوية أيضا شاغلى الأماكن التى صدر بها قرار بوجود خطورة بصددها Les logements objet d'un arrete de peril. أما الطائفة الثانية فهى تجمع حالات وجد المشرع انها لا تحتاج الى المهلة وذلك بالنظر الى ظروفها الشخصية، حيث لا يستفيد من المهلة أيضا الأشخاص الذين أتيح لهم إعادة تسكين فى ظروف مرضية ومراعى فيها لم

---

(٤٢) ويجرى نص هذه المادة على النحو الآتى:
"Nonobstant toute decision d'expulsion passee en force de chose juge ... il doit etre sursis a toute mesure d'expulsion non executee a la date du 1er decembre de chaque annee jus qu'au 15 mars de l'annce suivante ...".

(٤٣) أنظر فى ذلك: C, LARHER - LOYER, Op.Cit., no 37.

(٤٤) أنظر : C, LARHER - LOYER, Op.Cit., no 35.

(٤٥) أنظر : C, LARHER -LOYER, Op.Cit., no 36.

شمل الأسرة وتلبية احتياجاتها، والأشخاص الذين شغلوا المكان بطريق التعدى par voie de fait.

١١٢ – وهناك رابعا وأخيرا مهلة السنتين المنصوص عليها فى المادة ١٢٤٤ – ١ من القانون المدنى[٤٦] (وهى القابلة للمادة ٣/٣٤٦ مدنى مصرى). فبمقتضى هذه المادة يجوز للقاضى أن يمنح المدين مهلة لا تزيد عن سنتين للوفاء بالتزامه. ولقد ثار التساؤل عما إذا كان هناك محل لتطبيق هذه المادة على مسألة الاخلاء خاصة بعد الاصلاحات الأخيرة التى دخلت على قانون المرافعات[٤٧]. فهناك من يرى أنه لم يعد هناك محل لتطبيقها حيث أنها تواجه فقط الفرض الذى يكون فيه الأداء هو الوفاء بمبلغ من النقود Obligation de paiement بينما الاخلاء لا يندرج فى هذا الفرض خاصة بعد تنظيم عدة مهل خاصة بالاخلاء وذلك بقانون ٩ يوليو ١٩٩١ سالف الذكر. بينما هناك رأى ثان يرى أن تنظيم المهل بهذا القانون لا يعنى أن المبدأ المقرر فى المادة ١٢٤٤ – ١ مدنى لم يعد ساريا فى مواد الاخلاء وانما فقط قدر المدة هو ما مسه الاصلاح الأخير. وهناك من يرى استحسان إبقاء حكم المادة ١٢٤٤ – ١ مدنى ساريا خاصة فى الحالات التى استبعدت من نطاق تطبيق المادة ٦١٣ – ١ من تقنين البناء والاسكان كحالة المستأجر الذى بوشرت بصدده دعوى استرداد المكان المؤجر.

---

(٤٦) وتجرى عبارة هذه المادة كما يلى:
"Toutefois, compte tenu de la situation de debiteur et en considerant des besioins du creancier, le juge peut, dans la limite de deux annees, reporter ou dechelonner le paiement des sommes dues".

(٤٧) أنظر فى استعراض هذه الآراء: C.LARHER - LOYER, Op.Cit., no 33.

الفصل الثانى
إجراءات الإخلاء

١١٣ - تحديد هذه الاجراءات:

إن حصول الاخلاء الجبرى باجراء واحد عادة، هو اخراج شاغل العين ومتعلقاته منها، لا يجب أن يحول دون ضرورة تنظيم هذا الاجراء. إذ لابد أن يثور التساؤل عن الوقت المسموح فيه بالاخلاء. وإذا كانت الاجابة على مثل هذا التساؤل تحكمها - كما سوف نرى - القاعدة العامة التى تنظم مواعيد الاعلان والتنفيذ، إلا أن ذلك لم يمنع من وجود بعض أوجه خصوصية عندما يكون التنفيذ يجرى بالاخلاء.

وحتى لو تجاوزنا هذا الاجراء، فإن تساؤلا ملحا سيطرح نفسه بعد ذلك ويتعلق بمدى ضرورة قيام محضر التنفيذ بتحرير محضر الاخلاء، وما هى البيانات الواجب ذكرها فيه، ومدى ضرورة تبليغ هذا المحضر للمنفذ ضده.

وهكذا يمكن الإحاطة باجراءات الاخلاء الجبرى من زوايا ثلاث: الوقت المسموح فيه بالاخلاء، محضر الاخلاء، تبليغ محضر الاخلاء. سوف نخصص لكل مبحثا.

المبحث الأول
إجراء الإخـلاء فى الوقت المسموح فيه

١١٤ – يلعب الوقت دورا هاما فى مجـال الاخـلاء الجبرى كدوره فـى القانون الاجرائى عموما. وكـان قد رأينـا حـالا(٤٨) ضـرورة ترك مهـلة بيـن إعـلان السند التنفيذى والتنبيـه بالإخـلاء وبيـن البـدء فـى التنفيـذ فعـلا. فـإذا انقضت هذه المهلة وأصبح إجراء الاخـلاء الجبرى جائزا، فـإن السـؤال الذى يطرح نفسه هو الآتـى: هل يجـوز حينئـذ إجراء التنفيـذ بالاخـلاء فى أى وقـت يريده طالب التنفيذ؟

القاعـدة العـامة فى التنفيـذ الجبرى لا توجـب علـى صـاحب الحـق فـى التنفيـذ أن يبادر إلى استعماله فى ميعُاد معين بعـد انقضـاء المهـلة المقررة كمقدمـة للتنفيـذ، فليس هناك نص يعـطى معنى معـاكسا. وهى قاعدة تبدو – فى عموميتها – منطقيـة، فالأصل أن المدين لن يضار من تأخير التنفيذ، وإذا فرض ووجـد نفسه مضارا فلا عليه إلا القيـام بالتنفيـذ الاختيارى ويضع بيـده نهاية لا تـقوم بعـدها قائمـة للتنفيـذ الجبرى. أما الدائن فمن مصلحته عـادة أن يبادر باتخـاذ اجراءات التنفيذ الجبرى فورا حتى يحصل على حقــه، والقاعـدة العـامة لا تمنعـه مـن ذلـك. فـإذا ظـهر أن مصلحـته فـى تـأخير هـذا التنفيـذ، فالقاعـدة نفسها تمكنه من ذلك. أما المصلحـة العـامة فهـى ليست محل اعتبـار، إذ لن تظهـر إلا بعـد البـدء فى التنفيـذ، وحتى فى هذه الحـالة فهـى ليست دائما وأبدا موجودة.

---

(٤٨) أنظر ما سبق، بند ١٠٧

ومع ذلك فإن هذه القاعدة ليست مطلقة. فهناك قيد "عام" يرد عليها ويسرى أيا كان نوع التنفيذ أو سنده، وهناك أيضا قيد "خاص" يسرى بشأن الإخلاء الجبرى، بل وفى حالة محددة.

١١٥ - أما القيد "العام"، فهو ما نصت عليه المادة ٧ مرافعات من أنه "لا يجوز إجراء أى .. تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحا ولا بعد الساعة الخامسة مساء ولا فى أيام العطلة الرسمية، إلا فى حالات الضرورة وبإذن كتابى من قاضى الأمور الوقتية".

والحكمة من هذا القيد هى اعتبارات انسانية ومراعاة حرمة الحياة الخاصة. ونظرا لعمومية النص السابق - وتوافر الحكمة منه - فهو ينطبق على الإخلاء الجبرى بحيث لا يجوز إجراء الاخلاء جبرا فى الساعات أو الأيام التى منع القانون فيها إجراء التنفيذ.

ولكن ماذا لو توافرت ضرورة تبرر الخروج من القيد(٤٩) والدخول إلى رحاب القاعدة العامة؟

تجيب المادة السابقة نفسها على ذلك بضرورة حصول طالب التنفيذ على إذن بذلك من قاضى الأمور الوقتية(٥٠).

(٤٩) الواقع من الأمر أن الخروج على القيد المنصوص عليه فى أول المادة ٧ مرافعات يأخذ صورا عديدة، فهو يمكن أن يأخذ صورة البدء فى التنفيذ فى غير الساعات المقررة أو فى أيام العطلات الرسمية. كما يمكن أن يأخذ صورة الاستمرار فى التنفيذ بعد الساعات المقررة أ و فى أيام العطلات الرسمية بعد أن يكون قد بدء فى الوقت المسموح به قانونا.

ومن الناحية المقارنة، تجدر ملاحظة أن القانون الفرنسى قد انطوى على تنظيم مشابه(٥١) لنظيره المصرى. فقد منع التنفيذ – عموما – فى غير الساعات المقررة وفى أيام العطلات الرسمية، كما سمح بالخروج على هذه القاعدة عند الضرورة وباذن من قاضى التنفيذ. إلا أنه بالنسبة للتنفيذ الذى يستدعى الدخول فى أماكن مخصصة للسكنى – وهو ما ينطبق عملا على معظم حالات الاخلاء – فإن نطاق الاستثناء وفقا للقانون الفرنسى لا يمتد إلى السماح بالتنفيذ فى غير الساعات المقررة(٥٢) وإنما يقتصر فقط – ومع

---

(٥٠) ولا يجوز استثناء الاخلاء الجبرى من نطاق هذا الاذن. إذ عندما أراد المشرع الاعفاء من إذن القضاء وفى حالة محددة نص على ذلك صراحة. نقصد بذلك نص المادة ٢/٣٦٠ مرافعات بصدد ضرورة الاستمرار فى الحجز بعد المواعيد المقررة أو فى أيام العطلات الرسمية. مما يفيد إرادة المشرع ضرورة الاذن فى غير هذه الحالة. كما أنه لا يقاس الاخلاء على الحجز بشأن حكم المادة ٢/٣٦٠ هذه، نظرا لأن الاخلاء عادة يتم فى يوم واحد وساعات قليلة يكفيها القدر المسموح به قانونا – أى فى يوم عادى ومن السابعة صباحا وحتى الخامسة مساء – بحيث لا يقتضى الحال الاستمرار بعد هذا الميعاد، ثم إنه إذا اقتضى الحال الاستمرار فى الميعاد فليس على الاخلاء خوف من توقف الاجراءات ثم متابعتها فى اليوم التالى – شرط ألا يكون يوم عطلة – خلال الساعات المقررة، إذ ليس هناك منقولات مادية يجرى التنفيذ عليها ويخشى تهريبها، وهى الحكمة التى اقتضت السماح للمحضر بالاستمرار فى التنفيذ بالحجز دون إذن القضاء عند الضرورة.

(٥١) جاءت بهذا التنظيم المادة ٢٨ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الاشارة إليه، وتجرى عبارتها كما يلى:

"Aucune mesure d'execution ne peut etre effectuee un dimanche ou un jour ferie, si ce n'est en cas de necessite et en vertu d'une autorisation speciale du juge.

Aucune mesure d'execution ne peut etre commence avant six heures et apres vinget et une heures sauf, en cas de necessite, avec l'autorisation du juge et seulement dans les lieux qui ne servent pas a l'habitation".

(٥٢) ويلاحظ أن حظر المشرع الفرنسى للاذن فى هذه الحالة يعكس مدى حرصه على حرمة الحياة الخاصة، إلا أن خلو التشريع المصرى من حظر مماثل لا يعنى فوات الحكمة منه. إذ من الصعب القول بتوافر حالة ضرورة تبرر صدور اذن القضاء باجراء الاخلاء فى غير الساعات المقررة. أنظر ما سبق هامش ٥٠.

مراعاة توافر الضرورة وإذن القضاء – على السماح بالتنفيذ فى أيام العطلات الرسمية.

١١٦ – أما عن القيد الخاص بالاخلاء الجبرى فى حالة محددة، فنقصد بذلك الإخلاء من مكان خاضع لقوانين الايجار الاستثنائية وذلك بمقتضى حكم صادر من القضاء المستعجل بسبب التأخير أو الامتناع عن سداد الأجرة. فمثل هذا الحكم يجب تنفيذه "فى مواجهة المستأجر" كما تقول المادة ١٨ من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ سابق الاشارة اليه. وهذا الشرط يقتضى – كما سبق وقلنا(٥٣) – أن يحدد طالب التنفيذ تاريخ الاخلاء وذلك فى إعلان السند التنفيذى وانذار المنفذ ضده. كما يقتضى أ ن يلتزم طالب التنفيذ بهذا الميعاد، إذ قد يكون المنفذ ضده قد أراد أن يقوم بسداد الأجرة – وما فى حكمها – وذلك عند التنفيذ حتى يتفادى إجراءه وهو حق يعطيه له القانون.

المبحث الثانى
محضر الإخلاء

١١٧ – قلنا أن المشرع المصرى قد أغفل إغفالا تاما تنظيم الأحكام العامة لاجراءات التنفيذ المباشر، كما أنه لم يتعرض للتنفيذ بالاخلاء بأى تنظيم خاص. على أن نقص التشريع فى هذا الصدد لا يمنع من وجوب قيام المحضر عند مباشرته للإخلاء بعمل محضر يثبت فيه إتمام الاخلاء(٥٤).

---

(٥٣) انظر ما سبق، بند ٥٤.
(٥٤) انظر فى هذا المعنى: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٣٣٢.

وإذا أردنا أن نلتمس سندا تشريعيا لوجوب تحرير محضر الإخلاء فإننا نجده فى نص المادة ٢٧٨ مرافعات والتى توجب عرض ملف التنفيذ على قاضى التنفيذ عقب كل إجراء. ولا يتصور إعمال هذه المادة فيما نحن بصدده إلا إذا قام المحضر عند تمام الاخلاء بتحرير محضر بذلك يودعه ملف التنفيذ حتى يمكنه العرض على قاضى التنفيذ.

على أن عدم وجود نص صريح يوجب إعداد محضر بالاخلاء ويعين البيانات الواجب ذكرها فيه وضرورة تبليغه للمنفذ ضده وكيفية هذا التبليغ، ربما يثير الشكوك حول لزوم كل ذلك. وكنا نفضل تفاديا للشكوك أن يتدخل المشرع المصرى فى هذا الصدد صراحة وذلك على غرار نظيره الفرنسى.

١١٨ - إذ لم يشأ المشرع الفرنسى الحديث أن يترك الالتزام بتحرير محضر الاخلاء محلا للشك، كما أنه لم يشأ أن يترك إعداد هذا المحضر بواسطة محضر التنفيذ مرسلا بدون ضوابط، وإنما نظمه بحيث يتضمن عدة بيانات من شأنها تسهيل مهمة المنفذ ضده - بعد إبلاغه بالمحضر - فى الاعتراض على عدم قانونية الإجراءات، وكذلك اتاحة الفرصة لقاضى التنفيذ لمراقبة - مدى قانونيتها(٥٥).

وانطلاقا من ذلك، جاءت المادة ١٩٩ من مرسوم ٣١ يوليو سابق الاشارة اليه(٥٦)، لتفرض على المحضر تحرير محضر بعملية الاخلاء يجب أن يحتوى على عدة بيانات وإلا كان باطلا.

---

(٥٥) انظر: C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 49.

(٥٦) ويجرى نص هذه المادة كما يلى:

=

فيجب أن يشتمل المحضر على وصف للأعمال التى قام بها المحضر وعلى هوية الأشخاص الذين اضطر إلى الاستعانة بهم.

كما يجب أن يشتمل المحضر على تحديد المحكمة المختصة بالفصل فى المنازعات التى تتعلق بعملية الاخلاء الجبرى (وهى عادة قاضى التنفيذ الذى يقع فى دائرته موقع العقار).

كما يجب أن يشتمل على توقيع الأشخاص الذين اضطر المحضر إلى الاستعانة بهم، وكذلك على توقيع المنفذ ضده إن كان حاضرا. وفى حالة رفض أى من هؤلاء التوقيع فيجب اثبات واقعة الامتناع فى المحضر. وبالطبع يجب أن يشتمل المحضر على توقيع المحضر نفسه.

هذا فضلا عن بيانات أخرى يتوقف وجوب ذكرها على ما إذا كان هناك أم لا منقولات بالمكان(٥٧).

= "L'huissier de justice dresse un proces - verbal des operations d'expulsion qui contient, a peine de nullite:

1- La description des operations auxquelles il a ete procede et l'identite des personnes dont le concours a ete necessaire;

2- La designation de la juridiction competente pour statuer sur les contestations relatives aux operations d'expulsion.

Le proces - verbal est signe par toutes les personnes mentionnees au 1o. En cas de refus de signer, il en est fait mention".

(٥٧) وهى بيانات أشارت اليها المادتان ٢٠٠ و٢٠١ من المرسوم وسوف نتناول تفصيلاتها لاحقا. أنظر ما يلى، بند ١٢٢ وبند ١٢٤

المبحث الثالث
إبلاغ المنفذ ضده بمحضر الإخلاء

١١٩ – ليس هناك نص فى القانون المصرى يوجب تسليم المنفذ ضده إذا حصل الاخلاء بحضوره – أو بحضور احدى أشخاص الذين يجوز تسليم الأوراق القضائية إليهم كمن يقرر أنه وكيله أو يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والاصهار – صورة من محضر الاخلاء، كما لا يوجد نص يوجب اعلانه بالمحضر إذا حصل الاخلاء فى غيبته. وغياب النص هنا متوقع نظرا لعدم وجود نص أصلا يوجب عمل محضر للاخلاء، بل ولغياب كل تنظيم لإجراءات التنفيذ المباشر عموما.

على أن غياب النص لا يحول دون القول بأن من الملائم إبلاغ محضر الاخلاء للمنفذ ضده وذلك لأهمية هذا التبليغ. إذ أن تسليم صورة المحضر إليه أو اعلانه بها سوف يضعه أمام مسؤلياته المترتبة على التنفيذ. إذ لم يعد جائزا ان يعود لشغل المكان الذى تم اخلاؤه منه – وقد أثبتنا علمه بحصول الاخلاء عن طريق تبليغه بمحضره – والا تعرض للمساءلة القانونية المدنية منها والجنائية، كما أنه أصبح مطالبا بسحب منقولاته من العين التى تم اخلاؤه منها وإلا تحمل نفقات حراستها أو أن يحرم من ملكيته لها بعد الإضطرار لبيعها بالمزاد، بل وقد يصل الأمر إلى اعتباره تاركا لها. ومن ناحية أخرى فإن تبليغ المحضر إلى المنفذ ضده يعد أيضا فى مصلحة هذا الأخير، إذ يسهل مهمته فى المنازعة فى التنفيذ إن كان لها وجه.

لكن تبقى ملاحظة أن عدم نص المشرع على وجوب تبليغ محضر الحجز من شأنه ألا نكون أمام اجراء جوهرى، وألا يترتب - بالتالى - أى بطلان على مخالفته، على الأقل بالنسبة للاخلاء، خاصة وهو إجراء - إن تم - يعد لاحقا عليه[٥٩].

وكنا نفضل أن يتدخل المشرع وينظم محضر الاخلاء وتبليغه كما فعل المشرع الفرنسى الحديث. فقد تعرفنا قبلا على أن هذا الأخير قد نظم محضر الاخلاء من حيث وجوب تحريره والبيانات الواجب ذكرها. وها هو يستكمل المشوار وينص أيضا على وجوب تبليغه وكيفية هذا التبليغ. فطبقا للمادة ٢٠٠ من مرسوم ٣١ يوليو سابق الاشارة إليه فإن محضر الاخلاء يجب أن يسلم للمنفذ ضده (وهذا يفترض أنه كان حاضرا) وإلا فيجب إعلانه به[٦٠].

---

(٥٩) ولقد تعرض الكتاب الدورى رقم (١) لسنة ١٩٨٨ تفتيش المحضرين لمسألة مدى ضرورة إعلان محاضر الطرد أو الإخلاء المحررة ضد المدعى عليهم فى مواجهة الادارة، فى حالة غيابهم أو عدم التوقيع على الأصل باستلام الصورة، وانتهى إلى ضرورة إعلان المنفذ ضدهم لصورة من محاضر الطرد أو الإخلاء حتى لا تظل الاجراءات التى تمت ناقصة من الناحية الإجرائية.
أنظر فى ذلك: عبد الفتاح مراد، أصول أعمال المحضرين، سابق الاشارة إليه، ص ٣٥٦ وما بعدها.

(٦٠) أنظر فى أن التسليم يعد اعلانا la remise vaut signification وان هناك عقبات عملية تصادف عملية اعلان محضر الاخلاء بالنظر الى أن المنفذ ضده قد يغادر المكان دون أن يترك عنوانه لأحد ولا يسهل التعرف على عنوانه الجديد أو مكان عمله، وأن على المحضر فى هذه الحالة أن يحرر محضر عدم وجود "Proces - verbal de carence".
أنظر:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 52.

الفصل الثالث
مصير المنقولات
المبحث الأول
طرح المشكلة والنموذج الفرنسى

١٢٠ - عادة ما يرد الإخلاء على مكان مخصص للسكنى. ولذلك فإنه لكى يتم هذا الاخلاء يجب تسليم المكان "خاليا" لطالب التنفيذ، وهو ما يقتضى ليس فقط إخراج الفرد أو الأفراد شاغلى المكان منه، وإنما إخراج منقولاتهم أيضا.

وكالعادة، لم يعن المشرع المصرى بتحديد القواعد الواجب اتباعها بشأن وضع المنقولات(٦١) التى قد توجد بالعين المطلوب إخلاؤها رغم الحاجة إلى تنظيم قانونى فى هذا الصدد. فمن الاسئلة التى تطرح نفسها عندئذ وتحتاج إلى إجابة من المشرع ما يلى: ما هو الاجراء الواجب اتباعه تجاه المنقولات إذا لم يكن المنفذ ضده - أو أحد من ذويه - حاضرا، أو كان حاضرا ورفض إخراجها؟ قد تكون الاجابة هى أن يقوم المحضر بتعيين طالب التنفيذ - أو أحد من ذويه الحاضرين - حارسا عليها. ولكن هل هذه حراسة اجبارية، وإلى متى تظل قائمة على فرض استمرار تعنت المنفذ ضده أو غيابه؟ وقد تكون الاجابة هى أن يقوم المحضر بإخراجها إلى الطريق

---

(٦١) الواقع أن مصير هذه المنقولات هو ما يثير مشاكل - كما سنرى حالا - فى هذا الصدد. أما إخراج شاغلى المكان من الأفراد فهو لا يحتاج الى تنظيم خاص. فيكفى أن يطلب المحضر منهم الخروج طواعية وإلا استعان بالقوة العامة فى طردهم وينتهى الأمر.

العام. ولكن ألا يضر هذا الحل بالمنفذ ضده - دون مبرر - خاصة إذا كان غائبا، كما قد يضر أيضا بدائنيه إذا كانت هذه المنقولات محجوزة من قبل؟ وقد تكون الإجابة هى أن يقوم المحضر بإخراج المنقولات من العين المطلوب إخلاؤها حيث يودعها بعد ذلك لدى حارس. ولكن من يتحمل مصاريف نقل المنقولات خاصة إذا توجب دفعها فى الحال؟ وإلى متى تظل الحراسة قائمة؟ وما هو الحل إذا مضت فترة طويلة ولم يتقدم صاحب المنقولات لتسلمها ولم تكن قيمتها كافية للوفاء بأجرة الحراسة؟ قد يكون الحل فى مثل هذه الظروف هو بيع هذه المنقولات بالمزاد العلنى. ولكن هل يمكن أن يرد هذا البيع حتى على أوراق المنفذ ضده الشخصية والتى تعنيه أكثر من أى شخص آخر غيره؟ ولذلك كيف يتم الاحتفاظ بها لمصلحته عندئذ؟

وهكذا يتضح أن الأسئلة المطروحة متعددة ولكل سؤال منها أكثر من اجابة محتملة. ولا شك فى أن عدم وجود تنظيم تشريعى للمسألة يثير الشك حول الاجابة الواجب الوقوف عندها فى كل حالة. وإلى أن يتدخل المشرع المصرى، يبدو لنا مفيدا التعرف على التنظيم القانونى الفرنسى للمسألة. فقد تنبه المشرع الفرنسى الحديث لجدوى تنظيم مسألة الإخلاء الجبرى وعمل على تفصيل القواعد الواجب اتباعها. وكان لمصير المنقولات الموجودة بالعين نصيب كبير فى هذا التنظيم.

١٢١- وإذا استعرضنا النصوص القانونية الفرنسة فى المسألة(٦٢) ، فلسوف نجدها قد نسجت على أساس التفرقة بين فرضين أساسيين، وأعنى بحسب ما إذا كانت المنقولات الموجودة بالعين محجوزا عليها من قبل أم لا. وسوف نخصص لكل فرض مبحثا.

المبحث الثانى
مصير المنقولات المحجوزة

١٢٢ - فعندنا تكون المنقولات الموجودة بالعين غير قابلة للتصرف فيها بسبب وجود حجز موقع عليها(٦٣) من قبل بواسطة دائن آخر غير طالب الاخلاء، فالمبدأ أن المنفذ ضده بالاخلاء - وهو فى نفس الوقت المحجوز عليه والحارس عادة على هذه المنقولات - ليس له أن ينقل بحرية هذه الأموال من مكانها(٦٤)، وهو مبدأ مقرر لحماية حقوق الدائن الحاجز.

---

(٦٢) وهى نصوص المواد ٢٠٠ - ٢٠٧ من مرسوم ٣١ يوليو سابق الاشارة إليه.

(٦٣) ولكن كيف يمكن معرفة أن المنقولات المطلوب إخلاء العين منها محجوزة؟ والاجابة على ذلك هى أنه إما أن المحضر الذى يقوم بالاخلاء هو ذاته الذى قام بالحجز وإما أن المنفذ ضده قام بإعلام المحضر بوجود الحجز. ونظرا لأنه لا يصح الاعتماد بصفة مطلقة على علم المحضر الشخصى بسبق الحجز، فإن القانون الفرنسى قد فرض التزاما على المحجوز عليه باعلام المحضر أن الأموال محجوزة وبإطلاعه على محضر الحجز (أنظر فى هذا الالتزام المادة الخامسة من مرسوم ٣١ يوليو سابق الاشارة إليه، مع ملاحظة انها تتناول الفرض الذى يراد فيه توقيع حجوز من دائنين جدد وذلك على نفس المال المحجوز من قبل). ولضمان تنفيذ المحجوز عليه لالتزامه بالاعلام، فرضت عليه المادة ٣١٣ - ٤ من التقنين الجنائى الفرنسى الجديد عقوبة التبديد فى حالة إخلاله به.
أنظر : C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 58.

(٦٤) أنظر فى أن الحجز على المنقولات يمنع المحجوز عليه من التصرف فيها أو حتى نقلها من مكانها: نص المادة ٢٢١ - ٤ من مرسوم ٣١ يوليو سابق الاشارة إليه، والذى يلزم المحضر بأن يذكر فى محضر الحجز هذا المبدأ.

ولذلك فإنه طبقا للمادة ٢٠٠ من المرسوم(٦٥) إما أن يعين المنفذ ضده مكانا ويتم نقلها إليه وإلا قام المحضر بوضعها لدى حارس(٦٦). وفى كلتا الحالتين يقوم المحضر بعمل جرد لهذه المنقولات يبينه فى محضر الاخلاء(٦٧) مع ذكر المكان الذى أودعت فيه(٦٨).

ويجب على المحضر بعد ذلك إبلاغ الدائن الحاجز بمحضر الاخلاء(٦٩).

---

(٦٥) ويجرى نص المادة ٢٠٠ من مرسوم ٣١ يوليه، ١٩٩٢ سابق الاشارة اليه كما يلى:

"Lorsque les biens situes dans un local sont indisponibles en raison d'une saisie anterieurement pratiquee par un autre creancier, ils sont remis a un sequestre, a moins que la personne expulsee n'indique le lieu ou ils seront transportes. Il en est dresee inventaire dans le proces - verbal d'expulsion, avec l'indication du lieu ou ils seront deposes.

(٦٦) ويلاحظ أن المادة ٢٠٠ من المرسوم لم تنص صراحة على إمكانية ترك المنقولات فى مكانها. على أن ذلك لا يمنع من تعيين طالب الاخلاء حارسا وبالتالى بقاء المنقولات فى مكانها.
أنظر فى هذا التفسير:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 59.

(٦٧) أنظر فى أهمية هذا الجرد واثباته بالمحضر سواء بالنسبة للحاجز (حيث سيكون تحت يده اثبات حالة المنقولات المحجوزة فى وقت الجرد) أم بالنسبة للمحضر (وذلك للدفاع عن نفسه إذا ما أثيرت مسؤليته):

C.LARHER - LOYER, Op.Cit., no 61.

(٦٨) وتظهر فائدة هذا البيان بالنسبة للحاجز فى الحالات التى يحق له فيها تسلم المنقولات المحجوزة. ويلاحظ أن النص وإن لم يفرض بيان شروط دخول المكان وذلك فى المحضر، إلا أن من المناسب ذكرها فيه. أنظر فى هذا الرأى:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 62.

(٦٩) فليس مطلوبا القيام بهذا التبليغ قبل اخراج المنقولات المحجوزة ونقلها إلى مكان آخر. والحكمة من عدم تطلب ذلك هى ألا يتأخر تنفيذ الاخلاء، وهو – أى الاخلاء – على أية حال مسوغ شرعى لنقل المنقولات المحجوزة من مكانها.
أنظر فى ذلك:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 63.

وهذا الحل الذى يأخذ به المشرع الفرنسى صراحة، كما تأخذ تشريعات أخرى بحل مماثل[٧٠] لا يوجد ما يقابله فى القانون المصرى. على أن غياب التشريع فى هذا الصدد لم يمنع الفقه[٧١] الذى تعرض للمسألة من المناداة بأن الحل الواجب اتباعه يتمثل فى أن المحضر لا يجوز له إلقاء المنقولات المحجوزة فى الطريق العام، وانما عليه أن يرفع الأمر بصفة مستعجلة إلى قاضى التنفيذ، والذى عليه أن يتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على حق الغير عليها.

وإذ نعلن إنضمامنا لهذا الرأى بالنظر الى أن سنده فى ذلك يتمثل فى نص المادة ٢/٤٤٩ مرافعات والتى أوجبت على طالب التسليم بمقتضى حكم ايقاع البيع للعقار المنزوعة ملكيته جبرا بمقتضى اجراءات الحجز العقارى، بأن يطلب من قاضى التنفيذ بصفة مستعجلة إتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على حقوق أصحاب الشأن وذلك فى الحالة التى توجد فيها منقولات بالعقار المطلوب تسليمه (يلاحظ أن تسليم العقار هنا يتضمن الإخلاء بفرض أنه ليس سكنا للمنفذ ضده وليس مؤجرا لغيره إيجارا يعتد به فى مواجهة المشترى بالمزاد) ويتعلق بها حق لغير المنفذ ضده (وهو ما ينطبق على حالة أن تكون هذه المنقولات محجوزة)، وهو نص وإن ورد فى حالة خاصة إلا أنه ينطوى على حل لا مانع من إعطائه مدلولا عاما ينطبق بشأن حالات الإخلاء عموما حينما تتواجد بالعين المطلوب اخلاؤها منقولات محجوزة.

---

(٧٠) نقصد بذلك التشريع الايطالى، حيث تنص المادة ٦٠٩ مرافعات إيطالى على أنه يجب على المحضر فى هذه الحالة أن يخطر الدائن الذى وقع الحجز والقاضى الذى أشرف عليه لكى تتخذ إجراءات نقل هذه المنقولات إلى مكان آخر. أشار إلى هذا النص: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٣٣٢.

(٧١) نقصد تحديدا الاستاذ العميد د. فتحى والى، انظر المرجع السابق، بند ٣٣٢.

ويمكن أن نضيف إلى هذا السند سندا آخر مستمدا من التشريع أيضا، وهو نص المادة ٣٦٥ مرافعات والتى تواجه حالة الحجز على منقولات لا يجد المحضر من يحرسها. ففى هذه الحالة يجب على المحضر رفع الأمر إلى قاضى التنفيذ أيضا.

فيمكن أن يستفاد من هذين النصين إذن حرص المشرع على حماية الدائن الحاجز بضرورة اللجوء إلى قاضى التنفيذ عندما توجد أموال محجوزة يخشى عليها من الضياع إذا انتقلت حيازة المكان الموجودة به لغير حارسها أو كانت لا تزال تبحث عن حارس.

كما يمكن أن يستفاد من هذين النصين أيضا أن اللجوء إلى قاضى التنفيذ يمكن أن يكون بناء على طلب صاحب الشأن أو المحضر. فالمهم أن يرفع الأمر إلى القضاء من أحد أشخاص التنفيذ.

فإذا ما رفع الأمر لقاضى التنفيذ، فإن الحل الذى يصدر به قرار من هذا الأخير هو - وبالقياس على نص المادة ٣٦٥ مرافعات - إما بنقل المنقولات وإيداعها عند أمين يقبل الحراسة، وإما بتكليف أحد رجال الادارة بالمنطقة للحراسة مؤقتا. ويمكن أن نضيف إلى هذين الحلين حلا ثالثا لا يوجد مانع من صدور قرار به هو أن تظل المنقولات فى مكانها مع تعيين طالب الاخلاء حارسا بناء على طلبه.

على أنه تفاديا للشكوك حول صحة هذا الحل أو ذاك، يحسن بالمشرع المصرى أن يتدخل بنص صريح يعين الحل الواجب الإتباع فى هذه الحالة. ونحن نشير عليه فى هذا الصدد باستحسان الحل الفرنسى للمسألة. فبدلا من اللجوء إلى قاضى التنفيذ وتأخير إتمام الاخلاء (على فرض أن الإخلاء الجبرى لم يعد موقوفا) يحسن - كما هو الحال فى القانون الفرنسى - بأن يتولى المحضر تعيين الحارس الجديد على المنقولات المحجوزة والتى كانت بالعين محل الاخلاء. وليست هذه المهمة بجديدة على المحضر، فوفقا للمادة ٣٦٤ مرافعات مصرى والتى تطبق على حجز المنقول، فإن الذى يقوم بتعيين الحارس على الاشياء المحجوزة هو المحضر والذى يقوم بذلك من تلقاء نفسه ودون اذن من قاضى التنفيذ. لن يكون اذن مستغربا تبنى حل مماثل بالنسبة لمصير المنقولات المحجوزة إذا كانت أيضا محلا للإخلاء الجبرى.

المبحث الثالث
مصير المنقولات المحجوزة

§ ١- المحافظة على المنقولات لمدة شهر:

١٢٣ - عندما تكون المنقولات الموجودة بالعين فى حل من أى حجز، فقد يكون المنفذ ضده - أو أحد من طرفه - حاضرا ويعين المكان الخارجى الذى توضع فيه هذه المنقولات، وعندئذ يتحدد مصير هذه المنقولات، إذ كما تقول المادة ٦٥ من قانون ٩ يوليو سابق الاشارة إليه[٧٢]،

---

(٧٢) وتجرى عبارة هذه المادة فى هذه الحالة كما يلى:

=

يتم نقل المنقولات إلى هذا المكان وذلك على نفقة المنفذ ضده(٧٣). ولكن قد لا يكون المنفذ ضده حاضرا أو كان حاضرا لكنه لم يعين المكان الذى تنقل إليه منقولاته. وعندئذ لن تحل مشكلة المنقولات إلا حلا مؤقتا. وهو حل تحدده المادة ٦٥ سالفة الذكر(٧٤) حيث تعطى المحضر الخيار بين إما أن يترك المنقولات فى مكانها(٧٥) وإما أن يودعها مكانا آخر يختاره هو(٧٦).

١٢٤- وأيا كان الحل الذى أختاره المحضر، فإنه طالما لم يأخذ المنفذ ضده منقولاته فإن على المحضر أن يضيف فى محضر الاخلاء - بالاضافة

= "Les meubles se trouvant sur les lieux sont remis, aux frais de la personne expulse, en un lieu que celle - ci designe".

(٧٣) ولم يتعرض النص لحالة عدم وجود المبلغ اللازم لذلك مع المنفذ ضده فى هذا الوقت. ولحل المشكلة يقترح البعض الآتى:
إما أن يقوم طالب الاخلاء بدفع هذا المبلغ للناقل (ويستردها بعد ذلك من المنفذ ضده)، وإما أن تظل المنقولات فى مكانها إلى أن يسحبها صاحبها أو يتم بيعها بالمزاد.
أنظر فى هذين الحلين:
C, LARHER LOYER, Op.Cit., no 65.

(٧٤) وتجرى عبارتها كما يلى:
Les meubles "sont laisses sur place ou entreposes en un autre lieu approprie et decrits avec precision par l'huissier ...".

(٧٥) ويثور التساؤل عما إذا كان اختيار هذا الحل بواسطة المحضر يتوقف على موافقة طالب التنفيذ عليه أم لا. أنظر فى المناقشة التى ثارت عند وضع النص، وأن خلو النص من ضرورة موافقة طالب التنفيذ لا يعنى أن هذه الموافقة ليست محلا للاعتبار، كل ما هنالك أن المحضر إنما يتصرف باسم طالب التنفيذ ولمصلحته، بحيث إذا اختار هذا الحل فلن يكون إلا لأنه فى مصلحة طالب التنفيذ: أنظر:
C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 68.

(٧٦) فإذا اختار المحضر هذا الحل الثانى فإن تحقيقه يتطلب نقل الأشياء. وهذا النقل إما أن يعرض المنفذ ضده انجازه بمعرفته وعلى نفقته وعندئذ يجب على المحضر تمكينه من ذلك (أنظر المادة ٥٦ من قانون ٩ يوليو)، وإلا قام المحضر بالتعاقد مع ناقل على نفقة طالب التنفيذ مؤقتا والذى يحق له أن يرجع بها بعد ذلك على المنفذ ضده باعتبارها من نفقات التنفيذ. أنظر:
C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 68 et 69.

إلى بياناته الأخرى - بيانات تتعلق بوضع المنقولات ومصيرها. فطبقا للمادة ٢٠١ من مرسوم ٣١ يوليو[٧٧]. يجب على المحضر أن يجرى جردا للمنقولات يضمنه محضر الاخلاء[٧٨] مع بيان ما إذا كان لها - على ما يبدو - قيمة سوقية[٧٩] أم لا. كما يجب عليه أن يذكر في المحضر المكان الذى وضعت فيه المنقولات وشروط الدخول فيه[٨٠]. وكذلك يجب أن يشتمل المحضر على إنذار المنفذ ضده بوجوب سحب المنقولات خلال شهر غير قابل للتجديد وإلا تعرض لأن تباع منقولاته بالمزاد العلنى أو الحكم

---

(٧٧) ويجرى نص هذه المادة كما يلى:

"Si des biens ont ete laisses sur place ou deposes par l'huissier de justice en lieu approprie, le proces-verbal d'expulsion contient, en outre, a peine de nullite:

1- Inventaire de ces biens, avec l'indication qu'ils paraissent avoir ou non une valeur marchande;
2- Mention du lieu et des conditions d'acces au local ou ils ont ete deposes;
3- Sommation a la personne expulsee, en caracteres tres apparents, d'avoir a les retirer dans le delai d'un mois non renouvelable a compter de la signification de l'acte, faute de quoi les biens qui n'auront pas ete retires seront, sur decision du juge, vendus aux encheres publiques ou declares abandonnes selon le cas;
4- Convocation de la personne expulsee d'avoir a comparaitre devant le juge de l'execution du lieu de la situation de l'immeuble a une date determinee qui ne peut etre anterieure a l'expiration du delai imparti au 3, afin qu'il soit statue sur le sort des biens qui n'auraient pas ete retires avant le jour de l'audience. L'acte reproduit les dispositions des articles 11 a 14".

(٧٨) والحكمة من هذا البيان هى تفادى فرص المنازعات التى يمكن أن تثور بعد ذلك من المنفذ ضده والذى قد يسعى إلى الادعاء باختفاء بعض منقولاته أو تبديلها. ولذلك فإن المادة ٦٥ من قانون ٩ يوليو أوجبت على المحضر أن يصف المنقولات الموجودة بكل دقة.
أنظر فى أن مسؤلية المحضر يمكن أن تثور لاحقا إذا اكتفى بوصف موجز للأشياء:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 71.

(٧٩) أنظر فى أهمية هذا البيان: ما يلى بند ١٢٥ وما يليه.

(٨٠) والحكمة من هذا البيان هى أن المنفذ ضده هو المالك للمنقولات وبالتالى يحق له أن يعرف مكان وجودها وكيفية الوصول إليها. أنظر:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit. no 71.

باعتبارها متروكة(٨١). أيضا يجب أن يحتوى المحضر على تكليف المنفذ ضده بالحضور أمام قاضى التنفيذ فى تاريخ معين للحكم فى مصير المنقولات التى لم يتم سحبها(٨٢). وأخيرا يجب أن يذكر فى المحضر نصوص المواد من ١١ إلى ١٤ من المرسوم(٨٣).

وكعادته أيضا، لم يتعرض المشرع المصرى لهذا الفرض الذى تكون فيه المنقولات الموجودة بالعين المطلوب إخلاؤها غير محجوزة ويمتنع المنفذ ضده عن نقلها. ويشير الفقه(٨٤) إلى أن المحضر بإمكانه إذا كان المدين موجودا أن يترك هذه المنقولات فى الطريق العام دون تحمل أية مسئولية.

---

(٨١) ولقد بلغ من حرص المشرع على ضرورة هذا البيان - لما له من أهمية تتمثل فى اعلام المنفذ ضده بحقه فى المهلة وفى نفس الوقت فى أنها تمثل إنذارا أخيرا - أنه أوجب كتابته بطريقة على نحو يلفت النظر اليه. (أنظر المادة ٢٠١ من مرسوم ٣١ يوليو).

(٨٢) ويجب أن يكون تاريخ الجلسة - هكذا توجب المادة ٢٠١ سالفة الذكر - واقعا فى يوم لاحق على انقضاء مهلة الشهر التى يجب أن يسحب المنفذ ضده خلالها منقولاته.

ولقد أراد المشرع تحديد هذا التاريخ وذكره فى محضر الاخلاء حتى يعلم به المنفذ ضده عند ابلاغه بمحضر الاخلاء، ولا تقوم الحاجة بعد ذلك إلى تبليغه بمعياد الجلسة تبليغا مستقلا. ولا شك أن مثل هذا التنظيم من شأنه أن يقلل من النفقات وفى نفس الوقت يتلافى الصعوبات التى يمكن أن يقابلها التبليغ المستقل بميعاد الجلسة بعد تبليغ محضر الاخلاء، حيث قد يصعب العثور على عنوان المنفذ ضده فى وقت لاحق على الاخلاء.

أنظر: C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 71.

(٨٣) وهى المواد المتعلقة ببعض القواعد الحاكمة لإجراءات الخصومة أمام قاضى التنفيذ كامكانية مثول الخصوم بأنفسهم أو بممثل عنهم وبشفوية المرافعات أو كتابتها.

(٨٤) أنظر: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٣٣٢.

هذا الحل وإن كان يحمد له أنه يمكن طالب الإخلاء من إجتناء ثمرة حقه بسرعة وفعالية إلا أنه لا يواجه الفرض الآخر الذى يكون فيه المنفذ ضده غائبا. فى هذا الفرض لا يجوز عدالة أن ينطبق الحل الماثل حتى لا تكون الأمتعة فى غير عهدة أحد وهو ما قد يثير مسؤلية المحضر. لذلك فالحل الذى نشير به هنا هو أن يقوم المحضر بتعيين حارس على هذه المنقولات، سواء كان طالب التنفيذ ذاته أو آخر غيره. على أن يكون تعيين الحارس هنا بموافقة هذا الأخير ولو كان هو طالب التنفيذ. على أ ن يراعى المحضر فى اختيار الحارس أن يكون مقتدرا حتى إذا ما ثارت مسؤليته تجاه المنفذ ضده أمكن الرجوع على الحارس(٨٥).

فاذا عدنا بعد ذلك الى التنظيم الفرنسى للمسألة، فإنه الى هنا وما زال مصير المنقولات قلقا. فالحل السابق كما قلنا هو حل مؤقت. فطبقا للمادة ٢٠٣ من مرسوم ٣١ يوليو سالف الذكر، يكون أمام المنفذ ضده لكى يسحب منقولاته مهلة(٨٦) شهر واحد غير قابلة للتجديد(٨٧).

---

(٨٥) ويجرى العمل أحيانا على قيام المحضر بتكليف طالب التنفيذ بحراسة المنقولات ولو دون رضاه، ولا يعد ذلك فى نظرنا حلا قانونيا. فالحراسة الإجبارية لا تكون إلا بناء على نص.

كما يجرى العمل أحيانا على قيام المحضربرضاء طالب التنفيذ بجمع المتاع بغرفة من غرف المكان المطلوب اخلاؤه ويضع أختامه عليها ويسلم المكان بعد ذلك لطالب التنفيذ. مثل هذا الحل صحيح قانونا ما دام أنه يتم برضاء طالب التنفيذ إلا أنه لا يعفي المحضر من المسؤلية فى مواجهة المنفذ ضده، كما أنه حل لا يتصور أن يكون مستديما، فسوف يتبرم طالب التنفيذ منه يوما ما وتثور الحاجة إلى حل آخر.

(٨٦) أنظر فى تقييم هذه المهلة وفى أنها وأن بدت قصيرة نسبيا حيث قد لا يتمكن المنفذ ضده خلالها من العثور على مسكن آخر أو حتى مستودع لايداع منقولاته فيه. إلا أن تطويلها قد يغرى المنفذ ضده على عدم الاسراع بأخذ منقولاته، خاصة إذا كان المحضر قد أختار الحل غير المكلف والمتمثل فى ترك المنقولات فى مكانها؛ وأنظر فى أن ما يخفف من ضيق الميعاد نسبيا هو أنه يمثل مهلة تضاف إلى =

والغالب أن يقوم المنفذ ضده باستعادة منقولاته خلال المهلة وتنتهى تماما توابع الاخلاء الجبرى. ولكن ماذا لو انتهت المهلة دون أن يتحرك المنفذ ضده فلم يسحب أيا من منقولاته أو سحب بعضها دون البعض الآخر؟

هذا ما ستجيب عليه الفقرات التالية من خلال التفرقة بين المنقولات ذات القيمة السوقية وغيرها من متعلقات المنفذ ضده.

§ ٢ - بيع المنقولات ذات القيمة السوقية بالمزاد العلنى:

١٢٥ - الفرض الآن أنه قد حل يوم الجلسة التى سبق تحديدها وإبلاغ المنفذ ضده بها، ولم يكن قد قام هذا الأخير بسحب المنقولات بكاملها وذلك من المكان الذى وضعت فيه(٨٨). هذه الجلسة مخصصة لتقرير مصير هذه المنقولات(٨٩)، والمحكمة المختصة هى قاضى التنفيذ(٩٠).

= واحدة أخرى أو أكثر سبق أن استفاد بها عادة المنفذ ضده منذ صدور السند الأمر بطرده:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 70.

(٨٧) وتسرى مهلة الشهر هذه - كما تقول المادة ٢٠٣ - من وقت تبليغ محضر الإخلاء الى المنفذ ضده. مع ملاحظة أنه إذا تم تسليم المحضر إلى المنفذ ضده عندما يكون هذا الأخير حاضرا عملية التنفيذ، فإن مثل هذا التسليم يعد بمثابة تبليغ. أنظر ما سبق: هامش ٦٠

(٨٨) الملاحظ إذن أنها جلسة احتمالية، إذ لن يكون لها محل - رغم سبق تحديدها - إذا حدث وقام المنفذ ضده بسحب منقولاته بالكامل قبل يوم الجلسة. ولذلك فإن المادة ٢٠٥ من المرسوم تلزم صاحب المكان الذى كانت به المنقولات وسحبت بكاملها بأن يعلم قاضى التنفيذ بواقعة السحب بأية وسيلة مكتوبة أو بتقرير فى قلم الكتاب.

أنظر فى أن الاعلام بأية وسيلة مكتوبة يتحقق ولو كانت "فاكس"، وأنه لا جزاء على تخلف هذا الاعلام لعدم خطورته.

C. LARHER - LOYER, Op.Cit. no 75.

(٨٩) وتجدر الاشارة إلى أن دخول النزاع فى ولاية المحكمة la saisine du juge يتحقق من خلال ايداع صورة من محضر الاخلاء فى قلم الكتاب وذلك بواسطة المحضر. أنظر فى ذلك نص المادة ١/٢٠٤ من المرسوم، والتى تقول:

=

والقـرار الواجب إتخـاذه في هذه الدعـوى هـو أولا التصريـح ببيـع المنقولات التى لم يأخذها صاحبها وذلك بالمزاد العلنى[٩١]. كـل مـا هنـالك أن هذا التصريح بالبيع سوف يقتصر على المنقولات التـى لهـا قيمـة سوقيـة une valeur marchande حتى تكون هناك جدوى مـن بيعـها[٩٢]. علـى أنـه يستوى بعد ذلك بالنسبـة لهـذه المنقولات أن تكون مما يجوز حجـزه أم لا[٩٣].

= "En vue de l'audience prevue pour le cas ou tous les biens de la personne expulsee n'auraient pas ete retires du lieu ou ils ont ete entreposes, le juge est saisi par le depot d'une copie du proces - verbal d'expulsion".

(٩٠) أنظر فى تأكيد ذلك المـادة ٦٦ من قانون ٩ يوليو، والتى حددت أيضا الاختصـاص المحلى بالنظر إلى مكان المنقولات.

(٩١) قررت هذا الحل صراحـة المادة ٢٠٦ من مرسوم ٣١ يوليو.

(٩٢) ومن هنا تظهر فائدة أن يذكر المحضر فـى محضـر الاخـلاء وفـى البيـان المتعـلق بالجـرد ما إذا كانت المنقولات التي لم يأخذها صاحبها عند التنفيذ لها قيمة سـوقية أم لا (أنظر ما سبق بنـد ١٢٤). فمثل هذا البيان سوف تعتمد عليه المحكمـة أساسا فى قرارها.
ولكن ليس معنـى ذلك أن تقف المحكمـة عنـد تقدير المحضـر. فـالتقدير فـى النهايـة متروك لها، ثم إن المنفـذ ضده سوف يكون بامكـانه حضـور الجلسـة وبيـان وجهـة نظره فى تقدير المحضر.
وعلى أية حـال فإن هناك مفهومان يمكن اعطاؤهما للأموال التى لها قيمـة سوقيـة. أحدهما واسع يرتكز على القابلية للحصول علي مقابل نقدى، والآخر ضيق يعـتمد على القابلية لتغطية مصروفات البيع والنقل.
أنظـر فى هذه المسألة:
C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 81.

(٩٣) وقد صرحت المـادة ٢٠٦ من المرسوم بذلك حتـى لا يثـور الشـك حـول مـا إذا كـان البيـع بـالمزاد هنـا يتنـاول أيضـا الأمـوال الغـير قابلـة للحجـز. صحيـح أن بيـع المنقولات التى لم يأخذها صاحبها ليس بيعـا لأموال محجوزة حتى يمكـن أن تثـور فكـرة الأمـوال الغـير قابلة للحـجز عليها وبالتـالى بيعـها بـالمزاد، إلا أن حمـاية مصلحـة المنفذ ضده من أخطار بيع منقولاته والتى قد تكون ضرورية لحياته أو لعمله، والتى قد لا يتمكن من الحصول على بديل لها رغـم حصوله على ثمن البيـع المتحصل من المزاد قد يثير مظنـة عـدم جـواز البيـع. فـأراد المشرع نفـى هـذه المظنـة بالنص صراحـة على جواز بيع حتى الأموال التى لا يجوز الحـجز عليهـا.
ولقد كان دافع المشرع الفرنسى إلى ذلـك هـو أن استبعـاد الأمـوال التـى لا يجـوز حجـزها مـن نطـاق البيـع لـن يحـقق الهـدف المنشـود وهـو إخـلاء المكـان مـن المنقـولات، خـاصـة إذا كـانت لا تزال فـى مكانهـا والـذى صـدر السـنـد التنفيـذى باخـلائه تماما من كل ما يشغله. ثـم إن عـدم قيـام صـاحب المنقـولات باستعـادتها =

١٢٦ - ولم يشا المشرع الفرنسى أن يترك عملية البيع مرسلة بدون ضوابط، وإنما وضع القواعد المنظمة لها(٩٤)، فتطلب البدء بعملية جرد المنقولات(٩٥)، ثم بين أن اجراءات البيع المتبعة هى تلك التى تسرى بصدد الحجز التنفيذى(٩٦)، وأخيرا اهتم بمصير حصيلة البيع فأوجب أولا خصم النفقات(٩٧) وكذلك ما يستحق لطالب التنفيذ المؤجر من دين(٩٨)، ثم الاحتفاظ

= يعنى عدم حاجته الملحة اليها أو عدم امكانية استعمالها، وهو ما يعنى تواجد المسوغ لدى المشرع فى تبنى حل البيع.
أنظر فى هذا التبرير: C. LARHER - LOYER, Op.Cit.,, no ٧٨.

(٩٤) جاء ذلك فى المادة ٢٠٦ من المرسوم فى فقرتيها الثانية والثالثة، والتى جرت عباراتهما كما يلى:

"Apres inventaire de ces biens, il est procede a leur vente forcee comme en matiere de saisie - vente.

Le produit de la vente, apres deduction des frais et s'il y a lieu du montant de la creance du bailleur, est consigne au profit de la personne expulsee qui en est informee par l'officier ministeriel charge de la vente au moyen d'une lettre recommandee avec demande d'avis de reception adressee a sa demeure actuelle ou, si celle - ci est inconnue, au lieu de son dernier domicile.".

(٩٥) وأهمية هذا الاجراء هى حماية المنفذ ضده من ألا يستولى المودع لديه المنقولات على أى منها والتى تم جردها من قبل بمناسبة تحرير محضر الاخلاء. أنظر فى أن مجرد الاختلاف بين الجرد الأول والجرد الثانى لا يقيم فى ذاته مسؤلية المودع لديه بالنظر إلى أن المنفذ ضده لم يكن ممنوعا من دخول المكان والحصول على ما يريد من منقولاته المودعة:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 83.

(٩٦) وهى الاجراءات المنصوص عليها فى المواد ١١٠ وما يليها من مرسوم ٣١ يوليو. مع ملاحظة هى أنه إذا لم تجد المنقولات - كلها أو بعضها - مشتريا فإن الحل المقترح - فى ظل غياب النص - هو طرح النزاع على قاضى التنفيذ مرة ثانية، والذى يمكنه الحكم إما بإعادة تحريك إجراءات البيع بالمزاد مرة ثانية وإما اعلان أن المنقولات تعد متروكة. أنظر فى هذا الحل.

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 85.

(٩٧) وهى النفقات المتعلقة بحفظ المنقولات ونقلها، وكذلك نفقات بيعها.

(٩٨) فعندما يكون طالب الاخلاء مؤجرا فانه سيكون متمتعا أيضا بحق امتياز على الثمن المتحصل من البيع وذلك للوفاء بديونه الناشئة عن تنفيذ عقد الايجار. أما بالنسبة لديون طالب التنفيذ الأخرى فليس أمام صاحبها سوى اللجوء إلى اجراءات =

بما قد يتبقى وذلك لدى المحضر ولمصلحة المنفذ ضده لحين حضور هذا الأخير واستلامه. ومن أجل ذلك أوجب النص على المحضر إعلام المنفذ ضده بهذا الأمر(٩٩).

§ ٣- اعتبار بعض المنقولات "متروكة"

١٢٧ - ليس بالضرورة أن تكون جميع منقولات المنفذ ضده والتى ظلت مودعة دون ان يستعيدها صاحبها فى المهلة القانونية أموالا لها قيمة سوقية. فقد يكون من بين هذه المنقولات ما لا ينطبق عليه هذا الوصف(١٠٠).

ولذلك فان القرار الواجب اتخاذه بواسطة قاضى التنفيذ ازاء هذه المنقولات هو الحكم باعتبارها أموالا متروكة(١٠١) bien declares abandonnes وهو ما يصدق على الاموال التى لم ير القاضى أن لها قيمة

= الحجز التنفيذى وذلك للحجز على الثمن المتحصل من البيع وذلك تحت يد المحضر.
أنظر:
C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 86 et s.

(٩٩) ولقد نظمت المادة ٢٠٦ من المرسوم عملية التبليغ هذه فقررت أنها تكون من خلال خطاب مسجل بعلم الوصول وذلك على عنوان المنفذ ضده إن كان معلوما وإلا فعلى آخر عنوان معلوم له. ولكن أنظر فى أن التبليغ على هذا النحو قد لا يضمن علم المنفذ ضده بوجود باقى الثمن لدى المحضر، وما يترتب على ذلك من احتفاظ المحضر به مدة من الزمن:
C. LARHER. LOYER, Op.Cit., no 89.

(١٠٠) سواء منذ البداية أى من وقت تحرير محضر الأخلاء والاقرار اللاحق فى الجلسة، أو منذ أن سعى الى بيعها باعتبار ان لها قيمة سوقية ثم تعذر بيعها ورأى القاضى بعد ذلك عدم اعادة البيع.

(١٠١) نصت على وجوب هذا الحكم: المادة ١/٢٠٧ من مرسوم ٣١ يوليو: انظر فى أنه لا يوجد نظام قانونى محدد للاموال المتروكة، بينما هناك نظام قانونى قريب يوصف بأنه نظام الاموال التى ليس لها صاحب biens sans maitre والذى بمقتضاه تؤول هذه الأموال الى الدولة.

سوقية وبذلك – وباستثناء الاوراق والمستندات الشخصية(١٠٢)– يكون مصير المنقولات التى لم يأخذها صاحبها من المكان الذى أودعت فيه قد حسم. فما كان له قيمة سوقية تم بيعه، وما لم يكن اعتبر متروكا وهو ما يعنى امكانيه قيام المحضر بالعمل على وضعها فى أى مكان أو السماح للغير بذلك، ودون أن تثور اية مسؤلية على المحضر(١٠٣).

§ ٤– المحافظة على الاوراق والمستندات الشخصية

١٢٨– الفرض الآن أننا بصدد منقولات ليس لها قيمة سوقية وبالتالى كان يجب أن يصدر الحكم باعتبارها متروكة لولا أنها لا تشغل عادة حيزا كبيرا من ناحية، ومن ناحية أخرى فانها قد تمثل لصاحبها فوائد تزيد عن مجرد حتى كونها مالية. ولمزيد من حرص المشرع الفرنسى على حماية مصالح المنفذ ضده طالما أنها لا تتعارض مع مصلحة طالب الاخلاء، أخرج المشرع هذه المنقولات، من مجال الاموال المتروكة وأخضعها لنظام خاص بها.

جاءت بهذا النظام المادة ٢٠٧ من مرسوم ٣١ يوليو(١٠٤) والتى أخرجت ما أسمته بالأوراق والوثائق الشخصية(١٠٥) من مجال الاموال التى يجب الحكم

(١٠٢) وهو الاستثناء الذى نصت عليه صراحة المادة ٢٠٧/١ من المرسوم، والذى سوف نتناوله حالا فى المتن. انظر البند التالى وما يليه.

(١٠٣) أنظر: C. LARHER - LOYER, op. cit., n ٧٩.

(١٠٤) ويجرى نص هذه المادة كما يلى:

"Les biens n'ayant aucune valeur marchande sont declares abandonnes, a l'exception des papiers et documents de nature personnelle qui sont places sous enveloppe scellee et conserves pendant deux ans par l'huissier de justice.

Avis en est donne a la personne expulsee, comme il est dit au dernier alinea de l'article 206. =

باعتبارها متروكة، وقررت مصيرا خاصا بها وهو الاحتفاظ بهذه المستندات لدى المحضر(١٠٦) وذلك لمدة عامين، واعلام المنفذ ضده بذلك(١٠٧).

١٢٩- وقد يحضر المنفذ ضده الى مكتب المحضر ويسترجع المظروف المحتوى على المستندات وينتهى مصير آخر ما تبقى من المنقولات المتخلفة عن الاخلاء الجبرى. ولكن ماذا لو أنتهت مدة السنتين ولم يتخذ المنفذ ضده مسعى نحو استلام المظروف؟ هل يظل المحضر ملزما بحفظ المظروف الى أجل غير مسمى؟ يجيب المشرع الفرنسى على ذلك بالنفى. اذ تعطى المادة ٣/٢٠٧ لما المرسوم للمحضرمكنة اعدام المستندات المحفوظة بعد انقضاء المهلة دون جدوى. على أنه يجب عليه حينئذ تحرير محضر يتضمن تعدادا

= A l'expiration du delai prevu au premier alinea, l'huissier de justice detruit les documents conserves et dresse un proces-verbal qui fait mention des documents officiels et des instruments bancaires qui ont ete detruits."

(١٠٥) ولم يحدد القانون قائمة حصرية لهذه المستندات.ولكن أنظر امثلة لها مثل الوثائق الرسمية (كبطاقة الهوية وشهادة المعاملة العسكرية وبطاقات التأمين الصحى..) والمتعلقات البنكية (مثل دفتر الشيكات أو التوفير) والمستندات التى تحقق مصالح طبية للمنفذ ضده أو لأحد أفراد أسرته (مثل الشهادة الصحية للطفل، وصور الاشعة والاوراق المثبتة لنتائج تحاليل معملية طبية) والمستندات التى تحقق فوائد ذات اعتبار عاطفى (مثل الصور والخطابات):

C. LARHER - LOYER, op. cit., n 91.

(١٠٦) ويوجب النص وضع المستندات فى مظروف يغلق ويختم بخاتم المحضر، وهو ما يحول دون فتحه والعبث بمحتوياته. ويلاحظ ان المشرع وقد اختار المحضر - بدلا من قلم كتاب المحكمة - لكى يودع لديه المظروف، وان مسئوليته يمكن ان تثور اذا حدث خطأ فى القيام بمهمته هذه، الا انه لم يقرر له الحق فى أى مقابل مالى نظير ذلك.

انظر فى هذه الملاحظة:

C. LARHER- LOYER, op. cit., n 92.

(١٠٧) والحكمة من هذا الاعلام - والذى يتم بمقتضى خطاب مسجل بعلم الوصول - هى احاطة المنفذ ضده بالأمر حتى يستطيع ان يستعيد مستنداته خلال المهلة.

لما كان يتضمنه المظروف من أوراق رسمية ومتعلقات بنكية[108]، ويتم الاحتفاظ بهذا المحضر[109].

(١٠٨) أما باقى الاوراق التى قد توجد بالمظروف فليس هناك اى التزام على المحضر بذكرها فى محضر الاهلاك. ينطبق ذلك مثلا على الخطابات او الصور الشخصية.

(١٠٩) رغم ان النص لا يوجب ذلك صراحة، الا أن امكانية الاستناد الى هذا المحضر – وهو يعد ورقة رسمية – كبديل عن الاوراق الرسمية أو البنكية التى تم اهلاكها، يفرض هذا الالتزام.
انظر فى المسألة:

C. LARHER- LOYER, op. cit., n 97 et 98.

الفصل الرابع
النظام الاجرائى عند تكرار الإخلاء

١٣٠ - سبق أن تناولنا مشكلة معاودة المنفذ ضده إلى شغل العين التى تم إخلاؤه منها جبرا وذلك بمناسبة تحديد السند التنفيذى اللازم لتكرار الاخلاء(١١٠).

ولقد كان الحل المتفق مع التنظيم المصرى الراهن للحق فى التنفيذ الجبرى هو ضرورة استصدار سند تنفيذى جديد لتكرار الاخلاء بعد أن استنفد السند الأول وظيفته بعد اتمام عملية الاخلاء الأولى بنجاح. فإذا ما استحصل طالب الإخلاء على مثل هذا السند الجديد، فإن عملية اخلاء جديدة هى الأخرى يجب أن تجرى ومن بدايتها.

وبناء عليه، فإن طالب التنفيذ من جديد مضطر إلى اتخاذ مقدمات التنفيذ مثل طلب الاخلاء واعلان السند التنفيذى الجديد وانتظار مهلة يوم على الأقل. وبعد ذلك تبدأ اجراءات الإخلاء الجبرى مجددا مثل تحرير محضر الإخلاء الجديد وابلاغه للمنفذ ضده وتحديد مصير المنقولات.

وفى كل مرة يعاود فيها المنفذ ضده إلى شغل العين التى تم اخلاؤه منها، سوف يضطر صاحب الحق فى الاخلاء إلى استصدار سند جديد بالاخلاء ومعاودة الاجراءات من جديد، وهكذا.

---

(١١٠) أنظر ما سبق، بند ٣٤ وما يليه من الباب الأول.

ولا شك فى أن مثل هذا الحل يحمل معه مزيدا من العناء والعنت على صاحب الحق فى الاخلاء. ولذلك يبدو مفضلا أن يتدخل المشرع المصرى فى أقرب وقت لكى يرفع هذا العنت على صاحب الحق فى الإخلاء. ليس فقط لإعفاءه من ضرورة استصدار سند جديد بالاخلاء وإنما أيضا لإعفاءه من بعض الاجراءات.

١٣١ – ونقدم فى هذا الصدد النموذج الفرنسى الجدير بالمحاكاة.

فالمشرع الفرنسى – كما سبق ورأينا(١١١) – لم يكتف بإعفاء صاحب الحق فى الإخلاء من إستصدار سند تنفيذى جديد، وإنما حرص أيضا على حمايته فى صورة إعفاءه من ضرورة البدء فى عملية التنفيذ من بدايتها.

ولعل أكثر ما يرهق صاحب الحق فى الاخلاء فى هذا العرض هو مقدمات التنفيذ خاصة المهل الواجب انتظارها قبل البدء فى الاخلاء والتى يزخر بها التنظيم الفرنسى للتنفيذ.

ولذلك أعفى القانون الفرنسى صاحب الحق فى تكرار الإخلاء من ضرورة اتخاذ مقدمات التنفيذ. السند التشريعى فى ذلك عندهم هو نص المادة ٢/٢٠٨ من مرسوم ٣١ يوليو سالف الاشارة إليه. فطبقا لهذه المادة فإن الانذار بالاخلاء والذى سبق توجيهه إلى المنفذ ضده حال الاخلاء السابق يعد قائما ومرتبا لآثاره(١١٢). ويستفاد من ذلك ليس فقط عدم

---

(١١١) أنظر ما سبق، بند ٤٠ وما يليه.

(١١٢) ويجرى نص المادة ٢/٢٠٨ من مرسوم ٣١ يوليو هكذا:

الحـاجة إلـى الحصـول علـى سنـد تنفيـذى جـديـد(١١٣)، وإنمـا أيضـا عـدم الحـاجـة إلى القيـام بإنذار جديد أو اعـلانه، وكذلـك لـن يكـون مطلوبـا إحترام المهـل التى يمكن أن يستفيـد منها المنفـذ ضده بالاخـلاء عـادة(١١٤).

أما بالنسبة لإجراءات التنفيـذ من تحريـر محضـر الاخـلاء إلـى مصير المنقولات التى لم يتسلمها المنفـذ ضـده، مـرورا بضـرورة الاستعـانة بـالقوة العـامة عند الحـاجة لإستعمال القوة أو الإستعـانة بالسلطة المحلية أو شاهـدين عند الحاجـة إلى دخـول الأماكن المخصصة للسكنى عند غياب المنفـذ ضـده، وهى الاجراءات المنصوص عليها فى المـادة ١٩٩ ومـا بعدهـا مـن مرسـوم ٣١ يوليـو وكذلك المـادة ٢١ من قانون ٩ يوليـو والسابق الاشارة اليهـا، فهـى نفسها الواجبة التطبيق عنـد الإخـلاء الجبرى من جديد. وليس فى ذلك غـرابة،

= "Le commandement de avoir a liberer les locaux signifie auparavant continue de produire ses effets .....".

(١١٣) انظر فى استخلا ص مثل هـذه النتيجـة مـن نـص المـادة ٢٠٨ مـن مرسـوم ٣١ يوليـو المشار اليه، ما سبق، بنـد ٤١.

(١١٤) والسنـد فى ذلك أن مهـلة الشهرين سوف تكون قد انقضت بالنظر إلى أن الإخـلاء السابق لم يجـر إلا بعـد انقضائهـا. ومـا دامـت هـذه المهـلة قـد انقضـت فلـن يكـون هناك محل لإمكـان امتدادها لثلاثة أشهـر إضافية. كمـا أن مـدة الشتـاء التى يمتنـع خـلالها التنفـــيذ لن تنطبق كذلك ولو كان الفـصـل شتـاء، نظرا لأن هـــذه المـدة لا تسـرى فـى حـــق مـن يشغـلون أمـاكن بطريـق التعـدى وهـو الفـرض محـل البحـث. كما أن المهلة التى يمكن منحهـا – فـى نظـر البعـض – بمقتضـى المـادة ١٢٤٤/١ مدنى فرنسى لن يكون لها أيضا محـل بالنظر إلـى أن صـاحب الحـق فـى الاخـلاء لن يحصل على سنـد تنفيذى جديد من ناحية، ومن ناحية ثانية فإنه إذا كـان السند التنفيذى القائم يحتوى على مثل هذه المهلة فالفرض أنها أيضا قد انقضت.

تبقى مهـلة المـادة ل ٦١٣ – ١ من تقنين البنـاء والاسكان والتى قـد يمنحهـا قاضـى التنفيذ وتكون عبارة عن ثلاثة أشهر إلى ثـلاث سنوات عندمـا تكون إعـادة التسكين وفق شروط طبيعية غير ميسرة.

أنظر فى عـدم سريان المهل عند إعـادة الإخـلاء عدا هذه المهلة الأخيرة والتى يمكن منحها رغـم أن استعـادة المكان بواسطـة المنفذ ضده قد حدثت بطريق التعـدى:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 105.

فهى لن تحول دون إخلاء المعتدى على وجه السرعة وتمكين صاحب الحق من إستعادة المكان.

خاتمة

تخلص هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

أولا: غياب التنظيم التشريعى للإخلاء الجبرى رغم الحاجة إلى مثل هذا التنظيم وعدم استحالته. ولعل نجاح المشرع الفرنسى فى تنظيم قواعد الإخلاء الجبرى يعد دافعا للمشرع المصرى فى اقتفاء أثر نظيره الفرنسى، وأن يتدخل قريبا ويضع قواعد نظيرة تلاءم أوضاعنا القانونية والاقتصادية والاجتماعية، والتى قد تكون مختلفة على نحو أو آخر.

ثانيا: رغم أنه لا يوجد فى التنظيم القانونى للتنفيذ الجبرى فى مصر ما يوجب اقتصار التنفيذ فى مجال معين على سند تنفيذى معين دون غيره، إلا أن هذا التصور لن يصدق فى إطلاقه على الاخلاء الجبرى. فهناك من السندات التنفيذية ما لا يصلح مصدرا للحق فى الاخلاء الجبرى أو لاستعماله.

ثالثا: أن المادة ١٨ (ب) من قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الاحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر، قد جاءت بحكم غير مسبوق فى مجال التنفيذ الجبرى. فقد سمحت للمحكوم عليه بأن يدرء عن نفسه الاخلاء إذا قام بأداء معين يختلف عما قضى به الحكم سند التنفيذ.

رابعا: أن الحاجة إلى نظام لوقف الاخلاء الجبرى تبدو ملحة، وأن قواعد وقف التنفيذ التى يعرفها التنظيم القانونى للتنفيذ الجبرى عموما تنطبق على التنفيذ بالاخلاء. ولعل اكثر ما يستحق أن نلفت اليه النظر هنا هو أن وقف التنفيذ من خلال الاشكال الوقتى الذى تنظمه المادة ٣١٢ مرافعات ينطبق على سندات الاخلاء الجبرى جميعها بما فيها قرارات النيابة العامة الصادرة تطبيقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات.

خامسا: أن مهلة اليوم التى يحظر خلالها التنفيذ عموما والتى اتت بها القواعد العامة قصيرة لا تسمح بتحقيق الغاية من منحها إذا ما وجدنا انفسنا فى مجال الاخلاء. ولعل إطالة هذه المدة – على غرار التنظيم الفرنسى المناظر – هى من اكثر المسائل حاجة إلى تدخل تشريعى حتى لا نجعل القضاء مضطرا إلى اباحة المحظور وهو ما نسلم به على مضض.

سادسا: إن إغفال المشرع المصرى لتنظيم اجراءات الاخلاء الجبرى أو حتى لاجراءات التنفيذ المباشر عموما لا يمنع من وجوب قيام المحضر عند مباشرته للاخلاء بعمل محضر بذلك. ونفضل تفاديا للشكوك أن يتدخل المشرع المصرى فى هذا الصدد صراحة وينظم هذا الاجراء على نحو فعال كما فعل المشرع الفرنسى الحديث.

سابعا: نظرا لأن الاخلاء يرد فى الغالب على مكان مخصص للسكنى، وانه كيثرا ما توجد بالعين المطلوب اخلاؤها منقولات يجب اخراجها من

العين هى الاخرى، فإنه يحسن بالمشرع أن يتدخل بنصوص صريحة ويعين الحل الواجب الاتباع بشأن مصير المنقولات. ونشير عليه فى هذا الصدد باستحسان الحل الفرنسى للمسألة والذى انطلق فى تنظيمه للمسألة من التفرقة بين ما اذا كانت المنقولات محجوزة أم لا، والذى نسج قواعده على هدى من ضرورة التوفيق بين مصلحة المنفذ ضده طالما انها لاتتعارض مع مصلحة طالب الاخلاء.

ثامنا: قد تثور الحاجة إلى تكرار الاخلاء الجبرى. والحل المتفق مع التنظيم المصرى الراهن للحق فى التنفيذ الجبرى هو ضرورة استصدار سند تنفيذى جديد لتكرار الاخلاء بعد أن استنفد السند الأول وظيفته وقد تمت عملية الاخلاء الأولى بنجاح. كما أن اجراءات اخلاء جبرى جديدة يجب هى الأخرى أن تتخذ ومن بدايتها بل وابتداء من مقدمات التنفيذ. ولا شك أن هذا الحل المصرى يحمل معه مزيدا من العناء والعنت لصاحب الحق فى الاخلاء. ولذلك يبدو مفضلا أن يتدخل المشرع المصرى فى أقرب وقت لكى يرفع هذا الضرر عن صاحب الحق فى الاخلاء. ونقدم فى هذا الصدد النموذج الفرنسى الجدير بالمحاكاة والذى لم يكتف باعفاء صاحب الحق من استصدار سند تنفيذى جديد وانما حرص ايضا على مزيد من الحماية السريعة فاعفاه كذلك من بعض المقدمات والاجراءات.

"وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين"

قائمة المراجع

أولا - باللغة العربية

١- د. أحمد أبو الوفا

- إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، منشأة المعارف.
- المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشر، ١٩٩٠، منشأة المعارف.
- التحكيم الاختيارى والاجبارى، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، منشأة المعارف.
- التعليق على نصوص قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف.
- التعليق على النصوص الاجرائية فى قانون إيجار الأماكن، ١٩٨٧، منشأة المعارف.

٢- د. احمد خليل

- قانون التنفيذ الجبرى، ١٩٩١
- طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن، ١٩٩٣، الدار الجامعية، بيروت.

٣- د. احمد ماهر زغلول

- أصول التنفيذ، ١٩٨٦، مكتبة سيد عبد الله وهبة.

- أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى وضوابط حجيتها، ١٩٩٠، دار النهضة العربية.
- آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ١٩٩٢، دار النهضة العربية.

٤- د. احمد هندى
- التنفيذ الجبرى، ١٩٩٢

٥- د. أمينة النمر
- التنفيذ الجبرى، ١٩٨٨
- مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة، ١٩٦٧، منشأة المعارف.

٦- حسين عبد السلام جابر
- الطلبات المستعجلة فى قضاء مجلس الدولة، ١٩٨٩، نهضة القانون.

٧ - خيرى الكباش
- منازعات الحيازة أمام النيابة العامة وقاضى الأمور المستعجلة، ١٩٩٢، دار الجامعة الجديدة للنشر.

٨ - د. طلعت دويدار
- طرق التنفيذ القضائى، منشأة المعارف

٩ - د. عبد الباسط جميعى
- طرق و اشكالات التنفيذ فى قانون المرفعات الجديد، ١٩٧٤، دار الفكر العربى.

١٠ - عبد الحميد المنشاوى وعبد الفتاح مراد
المشكلات العملية فى قضاء التنفيذ، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

١١ - عبد الحميد عمران
- أسباب الإخلاء فى قانون إيجار الأماكن والتعليق على نصوصه، ١٩٨٣، دار المطبوعات الجامعية.

١٢ - عبد الفتاح مراد
- أصول أعمال التنفيذ فى الاعلان والتنفيذ، ١٩٨٩، مؤسسة شباب الجامعة.

١٣ - عز الدين الدناصورى وحامد عكاز
- التعليق على قانون المرافعات، الطبعة السابعة، ١٩٩٢، من إصدارات نادى القضاة.

١٤ - د. عزمى عبد الفتاح
- قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات، ١٩٨٣ - ١٩٨٤، دار الفكر العربى.

- نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن، ١٩٧٨، دار النهضة العربية.

١٥ - د. فتحى والى

- التنفيذ الجبرى، ١٩٨٧، دار النهضة العربية.

- الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ١٩٩٣، دار النهضة العربية.

١٦ - د. محمد عبد الخالق عمر

- مبادئ التنفيذ، الطبعة الثالثة، ١٩٧٧، دار النهضة العربية.

١٧ - محمد عبد اللطيف

- القضاء المستعجل، الطبعة الرابعة، ١٩٧٧، دار النهضة العربية.

١٨ - محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب.

- قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السابعة، ١٩٨٥، عالم الكتب.

١٩ - د. محمد محمود ابراهيم

- أصول التنفيذ الجبرى، ١٩٨٣، دار الفكر العربى.

٢٠ - د. نبيل اسماعيل عمر

- التنفيذ القضائى واجراءاته، ١٩٨١، منشأة المعارف.

- الطعن بالاستئناف واجراءاته، ١٩٨٠، منشأة المعارف.

- الأوامر على عرائض ونظامها القانونى، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

٢١ - د. وجدى رغب

- النظرية العامة للتنفيذ القضائى، ١٩٧٤، دار الفكر العربى.

ثانيا - باللغة الفرنسية

I - LARHER - LOYER (C.):

- Juris - classeurs de procedure civile, V. Fasc. 2400 "Expulsion".

2 - PERROT (R.):

- Cours de voies d'execution, 1975.
- obs. R.T.D.C., 1874, 466.

3- VINCENT (J.):

Voies d'execution et procedure de distribution, precis Dalloz, 13e ed.

4 - WIEDERKEHR (G.)

- Encyclopedie Dalloz, Repertoir de procedure civile, 2e ed., T. II, 1979, V. Execution des jugements et des actes.

فهـــرس

الصفحـــة

الصفحة

الصفحــــة

الصفحة

مدى ملائمة نظرية الأنتاجية الحدية للأجور لتفسير البطالة المقنعة فى القطاع الزراعى فى الدول النامية*

مقدمة:

غالباً ماتستخدم النظرية الأقتصادية الجزئية كمعيار للحكم علي السلوك الأقتصادي للوحدات الاقتصادية الفردية المكونة للإقتصاد القومي علي إعتبار إنها تمثل وضع الاقتصاد الذي يعمل بكفاءة وبطريقة مثالية.

ومن الطبيعي أن يستخدم الأقتصاديون النظرية التي يعرفونها لتحليل وتفسير أي مشكلة أو ظاهرة حتي وإن كانت جديدة عليهم، فعندما أصبحت التنمية الاقتصادية ومشكلاتها من الموضوعات الرئيسية بعد الحرب الثانية. حاول الاقتصاديون تطبيق النظرية الأقتصادية (سواء الجزئية أو الكلية) علي مجموعة المشاكل الجديدة التي طرأت علي الساحة، وقد ترتب علي ذلك بعض الاختلافات في التفسير بين الذين يؤمنون بالنظرية بشكل كامل وأولئك الأقل تأثرا بها.

وتعتبر ظاهرة فائض العمل في القطاع الزراعي في الدول النامية وخاصة في صورته المقنعة من أكثر المسائل التي ثار بشأنها الكثير من الجدل والنقاش في الأدب الاقتصادي سواء علي المستوي النظري أو التطبيقي.

مشكلة البحث:

يتناول البحث دراسة مدي ملائمة نظرية الأنتاجية الحدية للأجور لتفسير مشكلة فائض العمل الزراعي في الدول النامية في صورته المقنعة.

فكما هو معلوم يوجد قبول علي نطاق واسع للإقتراض القائل بان الناتج الحدي للعمل

* د. أحمد محمد مندور المدرس بقسم الاقتصاد - كلية التجارة - جامعة الإسكندرية.

يكون منخفض جداً بل يكاد يصل إل الصفر في ظروف الاقتصاديات النامية التي يتميز فيها القطاع الزراعي بالتكدس الشديد في السكان، وطبقا لذلك فإن سحب جزء من فائض العمل لن يؤثر علي حجم الناتج الكلي في الزراعة.

ولكن هل يتسق مفهوم البطالة المقنعة بهذا المعني مع الحقيقة القائله بوجود أجر موجب سواء فعلي أو ضمني في القطاع الزراعي؟ فعندما يكون الأجر موجبا فإن قيمة الناتج الحدي للعمل تكون هي الأخري موجبه ومن ثم سيترتب علي سحب الفائض في العمل الزراعي بالضرورة، نقص الناتج الكلي ولن تستطيع قوة العمل الأقل عدداً انتاج نفس المستوي السابق إذا ظلت المدخلات الأخري غير العمل ثابته. وهكذا لايتسق فائض العمل في القطاع الزراعي مع الحصول علي أجر موجب.

والسؤال الأساسي هل يمكن التوفيق بين وجود فائض العمل والحصول علي أجر موجب من الناحية النظرية؟ بمعني آخر هل تستطيع نظرية الانتاجية الحدية (التي تقوم علي افتراضات معينه) وتفسر جانب الطلب في نظرية التوزيع - تفسير هذا التعارض؟ .

إن النظرية تقرر عدم توظيف العامل الأضافي إذا كان ما يضيفه إلي الإيراد الكلي أقل مما يضيفة إلي التكاليف الكلية. وذلك تحقيقا للأفتراض الأساسي الخاص بتعظيم الربح أو تدنية التكلفة.

وربما يستنتج البعض مما سبق ضرورة التخلي عن نظرية الأنتاجية الحدية لعدم قدرتها علي تفسير الواقع، ولكن هل من المعقول الحكم بفشل النظرية حتي عندما تطبق في ظل افتراضات مغايرة لتلك التي قامت عليها. أليس من الممكن إعادة صياغة بعض افتراضات نظرية الانتاجية الحدية - دون المساس بجوهر النظرية - بحيث تستطيع تفسير ظاهرة البطالة المقنعة محل البحث.

هدف البحث :

لن يحاول البحث الدخول في "مشكلة قياس فائض العمل" في القطاع الزراعي في الدول النامية، بل سنعتبر أن وجود أو عدم وجود الفائض فضلا عن حجمه هي مسألة تطبيقية تختلف من دولة لأخري بل في نفس الدولة من منطقة لأخري أو في نفس المنطقة من فترة

زمنية لأخرى.

ومن الطبيعي أن تتفاوت نتائج هذه الدراسات التطبيقية لإختلاف الأساليب المستخدمة في القياس فضلا عن مدي دقة البيانات.

وسيتركز هدف البحث في الإجابة علي الأسئلة التالية:

- هل تؤيد نتائج الدراسات التطبيقية افتراض البطالة المقنعه؟
- هل تتسق نظرية الإنتاجية الحدية للأجور مع وجود البطالة المقنعه؟
- هل من الممكن إعادة صياغة بعض افتراضات نظرية الانتاجية (مثل معاملة "الجهد" كمتغير صريح) لكي تستطيع تفسير البطالة المقنعة في ظروف الدول النامية؟
- هل من الممكن إعطاء تفسير منطقي لوجود البطالة المقنعه يرتكز علي العوامل الاقتصادية والاجتماعية والمرفقية المسببة لها في ظروف الدول النامية.

خطة البحث:

يتناول البحث دراسة النقاط الأساسية التالية:

١- الدراسات السابقة.

٢- التحليل الجزئي للبطالة المقنعه.

٣- نموذج مقترح لتفسير البطالة المقنعه.

٤- بعض التفسيرات المنطقية المحتملة لوجود البطالة المقنعه.

٥- النتائج.

١- الدراسات السابقة:

حظي موضوع البطالة المقنعه بقدر هائل من النقاش في الأدب الاقتصادي منذ اعتبرها "Rosenstein-Rodan" ومن بعده "Nurkse" جزءاً هاماً لتفسيرهم للتخلف الاقتصادي. فعلي المستوي النظري قام كل من "Lewis, Fei and Ranis" بصياغة نماذج محكمة ودقيقة كان لمفهوم البطالة المقنعه فيها الدور الأساسي وخاصة بالنسبة للقطاع الزراعي في الدول النامية.

ويمكن تلخيص وجهة نظر الاقتصاديين الذين يعتقدون بوجود البطالة المقنعه فيما يلي:

يتميز القطاع الزراعي في غالبية الدول النامية بالتكدس بالسكان ولذا فإن نفس حجم الناتج الزراعي يمكن تحقيقه باستخدام أعداداً أقل من الأفراد بالمقارنة بما هو موجود فعلاً وذلك بدون إجراء أية تغيرات في المعاملات الفنية المستخدمه في الزراعة.(١)

ويعتقد البعض مثل "Nurkse" أن الفائض في العمل الزراعي الذي يمكن سحبه من القطاع الزراعي يمثل ميزة كامنه أكثر من كونه عبئاً حيث يمثل مصدراً للإدخار الكامن يمكن استخدامه في مكان آخر في الاقتصاد القومي ليسهم في تحقيق التنمية.

وتزداد أهمية الفائض في العمل الزراعي عندما تكون الموارد الأخري (غير العمل) أكثر ندرة، فالنقص في رأس المال علي سبيل المثال يمكن تعويضه وإحلاله بالعمل الحر "Free labor" الموجود بالقطاع الزراعي، وقد عرض "Lewis" في هذا لصدد(٢) صيغة أخري للبطالة المقنعه في صورة نموذج للتنمية عن طريق التركيم الرأسمالي الذي يتم في القطاع الرأسمالي الحديث من خلال سحب فائض العمل الزراعي الرخيص من قطاع الكفاف التقليدي وذلك دون أي تخفيض في حجم الناتج الزراعي الكلي.

أما وجهة النظر المعارضة لوجود البطالة المقنعه فترتكز أساساً علي حصول العامل علي أجر موجب في القطاع الزراعي مما يعني أن قيمة الناتج الحدي للعمل تكون هي الأخري موجبة (طبقا لنظرية الانتاجية الحدية) ومن ثم يترتب علي نقل الفائض من العمل الزراعي نقص الناتج الكلي إذا ظلت الموارد والمدخلات الأخري غير العمل علي حالها، وهكذا فإن وجود الأجر الموجب لايتسق مع وجود فائض العمل (البطالة المقنعه) في القطاع الزراعي.

وبناءاً علي ذلك يكون من الصعب بناء نموذج نظري يسمح بإمكانيه وجود ناتج حدي للعمل مساويا للصفر لجزء يُعتد به من عرض العمل.

---

(١) يلاحظ أن هذا التفسير لايتعارض مع نظرية الانتاج الكلاسيكية التي تقرر أن استخدام كميات كبيرة من أحد المدخلات الانتاجية مع ثبات المستخدامات الأخري - يمكن أن يؤدي إلي هبوط الناتج الحدي للمستخدم المتغير إلي الصفر. وتعتبر ظاهرة البطالة المقنعه انطباقا لقانون تناقص الغله بالنسبة لعنصر العمل في معظم اقتصاديات الدول النامية حيث التكدس الشديد للسكان في المناطق الريفية علي مساحات محدودة من الأرض الزراعية.

(٢) لقراءة أكثر تفصيلا انظر مقالة آرثر لويس:

W.A. Lewis, Economic - Development with unlimited supplies of labour, S.P. Agarwal and A.N. Singh, Economics of under development, Oxford University press, 1958, pp. 400-450.

ويستشهد "T.W. Schultz" علي ذلك بما حدث في الهند نتيجة لوباء الأنفلونزا الذي أدي إلي إنخفاض حجم السكان الزراعيين بنسبه ٨٪ في ١٩١٨-١٩١٩ والذي تبعه انخفاض في حجم الانتاج الزراعي في الهند[١].

وقد كان الاقتصادي "Jacob Viner" هو المناوئ الآخر القوي لفكرة البطالة المقنعه، فقد كتب عام ١٩٥٧ ينتقد "Eckaus" الذي أرجع وجود البطالة المقنعه إلي قصور إمكانيات الإحلال الفني بين عوامل الانتاج المستخدمه في الزراعة بسبب ندرة رأس المال، حيث يري "Viner" إنه لايمكن الحصول علي نفس حجم الناتج الزراعي إذا تم سحب نسبه معينه من قوة العمل المستخدمه مع استمرار بقاء عوامل الانتاج الأخري ثابتة من حيث الكم والكيف[٢].

وعلي المستوي التطبيقي نجد مناقشات مؤيدة وأخري معارضة لوجود البطاله المقنعه، فنجد بعض المؤيدون مثل[٣]. Mellor and Steven (1965), Sanghvi (1969) . Mehra (1966), ILo (1961), Sarkar (1957)

بينما نجد كتاب آخرون معارضون مثل ,Oshima (1958), Hansen (1966) .Joregenson (1967), Schultz (1964)

ويتضح من نتائج الدراسات التطبيقية بشكل عام عدم وجود اتفاق حول وجود أو نفي البطالة المقنعة في القطاع الزراعي، بل أن النتائج قد تفاوتت بالنسبة لدوله معينة مثل الهند[٤].

---

(1) Stainslaw Welisz, Economica, Dual Economics, Disguised unemployment and the unlimited supply of labour, London. Vol. xxxv, No. 137, Feb. 1968, p. 47.

(2) Carl Eicher and lawarence witt, Agriculture in Economic Development, New York, Mc Graw-Hill Book Companey, 1964, p. 131.

(3) A. Sen, Employment, technology and Development, clarendon press. Oxford, 1975, p. 35,

(٤) قدرت بعض الدراسات (Mathur, A) وجود بطالة مقنعه في غرب البنغال وهي من أكثر المناطق إزدحاما بالسكان بحوالي الثلث من قوه العمل الزراعي بالهند، بينما أوضحت دراسات أخري ,Paglin) Morton) استندت إلي بيانات معهد الإدارة الزراعية بالهند - أن الناتج الحدي للعمل في الزراعة الهندية موجبا ومن ثم لايوجد نسبة تعتد بها من فائض العمل الزراعي.

انظر:

Warren C. Robinson, Types of Disguised Rural unemployment and some policy Implications, Oxford Economic papers, Vol. 21, 1969, p. 373.

ويرجع ذلك إلي سببين رئيسين:

الأول: أنه ليس من السهل أن نجد حاله فعلية لسحب جزء من قوة العمل مع استمرار بقاء العوامل الأخري ثابته، حيث تحدث عملية نقل الفائض من العمل جنباً إلي جنب مع التغيرات الأخري، فضلا عن أن طبيعة عملية نقل الفائض في حد ذاتها قد يكون لها أثر مختلف علي الناتج، فعندما يتم نقل الفائض في العمل إستجابه لدوافع إقتصادية قد لايتأثر الناتج إذا قام الافراد الباقون من قوة العمل بزيادة "الجهد" بحيث يظل المجهود الكلي كما هو، ومن المحتمل أن يتناقص الناتج الكلي إذا تعرضت نفس النسبة من الفائض في العمل إلي وباء معين أدي إلي الموت المفاجئ كما حدث في الهند ١٩١٨-١٩١٩.

الثاني: ما تعانيه معظم الدراسات التطبيقية المستخدمه في قياس فائض العمل من عدة نقائض نتيجة استخدامها لمنهج مشترك يتمثل في تقدير الفرق بين المتاح الكلي من وقت العمل في منطقة معينه والاحتياجات الكلية من وقت العمل طبقا للظروف التكنولوجيه والفنية المتاحه في الزراعة.

ويلاحظ أن مفهوم المتاح من العمل يعتبر العمل كميه ثابته (رصيد) وليس تيار يتغير عندما يتغير العائد لكل وحدة من "الجهد" ومن ثم يتجاهل هذا المفهوم فكرة منحني عرض العمل.

يضاف إلي ذلك أن مفهوم الاحتياجات من العمل هو مفهوم تكنولوجي أو فني ومن ثم لايسمح بأمكانيه تغيير نسب المزج بين المدخلات المستخدمه في الزراعة.

وأخيراً يفترض في هذه الدراسات أن كل المزارع الموجودة بأقليم معين تتطلب إحتياجات مماثلة من العمل الذي يتم حسابه علي أساس "المزرعة المتوسطة"[1].

٢- التحليل الجزئي للبطالة المقنعه :

إن محاولة قياس فائض العمل الزراعي علي أساس إجراء تقدير لإحتياجات العمل في "المزرعة المتوسطه الحجم" من واقع الدراسات التطبيقية سيكون قليل الفائدة نتيجة وجود

(1) Meghmad Desal and Dipak Mazumdar, A Test of the Hypothesis of Disguised unemployment, Economica, 1970, Vol. 37, pp. 39-40.

اختلافات كبيرة بين معظم الأقاليم الزراعية في الدول النامية من حيث النسب المثلي لمدخلات الانتاج والتي تتوقف بدورها علي حجم الوحدات الزراعية، أنواع المحاصيل، التربة والمناخ والظروف المحلية الاخري.

ولذلك ربما يكون من الأفضل الإنتقال إلي تحليل افتراض البطاله المقنعه علي المستوي الجزئي "Micro-Level" في منطقة معينه وبيان مدي ارتباطه بالناتج الحدي للعمل وكيفية تفسيره في ظل وجود أجر موجب.

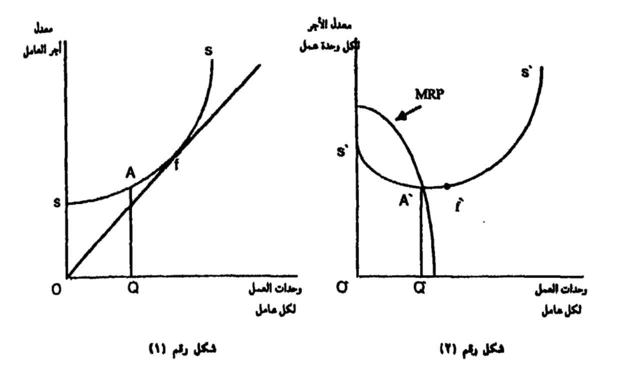
سوف نفترض أن العمل يقاس في شكل تيار (بدلا له وحدات ساعات العمل التي تؤدي فعلاً) وليس بمجرد عدد العمال (رصيد) ونفترض أن العمال يتقاسمون العمل بالمزرعة بالتساوي، كما نفترض أن العمال متجانسون فيما بينهم ولذا سيكون منحني عرض العمل الفردي متماثلاً، بحيث يظهر علاقة طردية بين وحدات العمل المعروضة لكل عامل ومعدل أجر العامل (منحني موجب الميل) وأخيرا نفترض أن مستخدمي العمل يحاولون تعظيم أرباحهم أو بمعني آخر يتحدد المستخدم من العمل عندما يتساوي الأجر (تكلفه وحدة العمل الحديه المعروضه) مع إيراد ناتجها الحدي.

ومن المعقول كذلك إذا بدأنا من مستويات الأجور المنخفضة جداً أن نفترض أنه بزياده الأجر المدفوع للعامل يتزايد عدد وحدات العمل التي يعرضها بمعدل أكبر ومن ثم تنخفض تكلفة الأجر لكل وحده عمل، ولكن بعد حد معين للأجور يتزايد عرض وحدات العمل لكل عامل بمعدل أقل من تزايد معدل الأجر ومن ثم يترتب علي كل زيادة في معدل أجر العامل زيادة تكلفة الأجر لكل وحدة عمل.

ويمكن توضيح ذلك بالشكل البياني التالي[1].

---

(1) Dipak Mazumdar, The Marginal productivity theory of wages and disguised unemployment, Review of economic studies, Vol. 26, 1959, pp. 190-197.



شكل رقم (١) شكل رقم (٢)

يتضح من شكل رقم (١) أن المنحني S S يمثل عرض وحدات العمل لكل عامل بالنسبة لمعدل أجر العامل، أما المنحني `S` S في الشكل رقم (٢) فيوضح عرض وحدات العمل بالنسبة لأجر وحدة العمل ويشتق من المنحني S S.

ويظهر المنحني `S` S إنه لكل كمية من وحدات العمل التي يعرضها العامل (ممثلة علي المحور الأفقي) توجد تكلفة الأجر لكل وحدة (علي المحور الرأسي) ويتعين علي مستخدم العمل أن يدفع معدل الأجر لكي يعرض العامل هذه الكمية.

علي سبيل المثال عند معدل الأجر A Q يتم عرض الكمية O Q من وحدات العمل لكل عامل (شكل رقم ١) والنقطة `A في شكل رقم (٢) علي منحني العرض `S` S توضح أن تكلفة وحدة العمل هي `A` Q وذلك عند استخدام وحدة العمل الحدية للعامل O Q التي تحصل علي معدل الأجر A Q.

وتبين النقطة (f) والنقطة المقابلة لها (`f) نقطة الإنقلاب حيث تكون مرونة عرض وحدات العمل لكل عامل بالنسبة لمعدل أجر العامل مساوية للوحده وتزيد المرونة عن الوحدة عند

معدلات الأجور الأقل وتكون المرونة أكبر من الوحدة عند معدلات الأجور الأعلي.

ومن ثم فإن زيادة معدل أجر العامل قبل المستوي (f) يؤدي إلي إنخفاض تكلفه الأجر لكل وحدة عمل كما يتضح من الجزء الهابط (S` f) في شكل رقم (٢)، بينما تزداد تكلفة الأجر لكل وحدة عمل عندما يزيد معدل أجر العامل بعد هذا المستوي لأن عرض وحدات العمل عامل يتزايد ولكن بنسبة أقل من ارتفاع معدل الأجر.

-دعنا الآن نتسائل عن معدل الأجر الذي نصل إليه عندما يتم توظيف كل قوة العمل المتاحه في ظل الإفتراضات السابقة؟ إن معدل أجر العامل يجب أن يكون موجبا أياً كان عرض العمال بالنسبة للطلب لأنه طالما أن وحدات العمل المعروضه دالة متزايدة لمعدل أجر العامل فإن انخفاض معدل الأجر إلي مستويات دنيا سيؤدي إلي عرض وحدات عمل أقل بحيث أنه الطلب علي وحدات العمل لايمكن تلبيته عند هذا المعدل من الأجر.

وسيستقر معدل الأجر عند نقطة ما حيث يتم استخدام وحدات العمل التي تكون أكثر ربحيه، ويمكن تطبيق نظرية المؤسسة في هذه الحالة، حيث يجب أن تتعادل التكلفة الحدية لوحدات العمل المعروضه (لكل عامل) مع إيراد ناتجها الحدي.

ويتضح من الشكل رقم (٢) أن المنحني (MRP) يظهر إيراد الناتج الحدي لكل وحدة من العمل التي يعرضها العامل، وطالما أن العمال يتقاسمون العمل فيما بينهم بالتساوي فإن وضع المنحني (وليس شكله) سيعتمد علي عرض العمل بالنسبة إلي الطلب وعندما يقل العرض من العمل ينتقل المنحني (MRP) إلي أعلي بعيداً عن نقطة الأصل.

يلاحظ أن المنحني `S` S يمثل أيضا منحني للتكلفة الحدية لوحدة العمل التي يعرضها العامل لإنه مجرد ترجمه لتكلفة الأجر للعامل بالنسبة لوحدة العمل الحدية التي يعرضها من العمل. وتتحدد النقطة الأكثر ربحية عندما يتقاطع منحني (MRP) مع منحني التكلفة الحديه لوحدة العمل لكل عامل (`S` S) ويتحقق ذلك عند `A في الشكل رقم (٢).

ومثل هذه النقطة تمثل نقطة التوازن حيث يتعادل ثمن وحدة العمل الحدية المعروضة مع إيراد ناتجها الحدي ويكون معدل الأجر الأكثر ربحية للعامل هو A ويقابل هذا الأجر وضع التوظف الكامل في التحليل التقليدي (حيث يتوازن سوق العمل).

تأتي الآن إلي كيفية تفسير البطالة المقنعه وتوضيح مدي إرتباطها بالناتج الحدي والأجر الموجب؟

أن مفهوم البطالة المقنعة بالمعني الذي حددة (Nurkse) والذي يتضمن أن الناتج الحدي للعمل يكون مساويا للصفر قد يتعارض مع وجود الأجر الموجب ويمثل تناقضا بالنسبة لنظرية الانتاجية الحديه للأجور.

ويلاحظ أن هذا التفسير جزئيا لإنه لايخبرنا بشئ بخصوص معدلات الأجور التي يتم علي أساسها عرض العمل من جانب العمال الباقون بعد سحب قوة العمل الفائضه.

ومن الممكن تفسير هذه الحالة إذا ربطنا بين فائض العمل والأجور الكلية وليس معدل اجر العامل، فكما يتضح من التحليل السابق أن التوازن عند نقطة (A) لايتضمن أي فائض في العمل يمكن استخدامه عند معدل الأجر السائد.

وإذا إفترضنا سحب بعض العمال وتقليل قوة العمل فإن قوة العمل الباقية تستطيع أن تعرض نفس كمية وحدات العمل المعروضة من قبل ولكن لابد من زيادة معدل أجر العمال الباقون وطالما أن عرض العمل يزداد في البداية بنسبه أكبر من معدل الأجر فإن نفس كمية وحدات العمل الأصلية يمكن عرضها ولكن في ظل أجور كليه أقل وهذا يحدث طالما أن الطلب يكون ضئيل بالنسبة للعرض من العمل. وفي هذه الحالة فإن الناتج الحدي للعمل يكون موجبا كما أن معدل الأجر يتساوي مع الناتج الحدي، وهكذا يمكن تفسير البطالة المقنعه أو الفائض في العمل دون الحاجة إلي الإفتراض القائل بأن الناتج الحدي للعمل يجب أن يكون مساويا للصفر وبدون الإخلال بأساس نظرية الأنتاجية الحدية.

٣- نموذج مقترح لتفسير البطالة المقنعه :[١]

إذا رمزنا إلي كميه وقت العمل التي يعرضها العامل بالرمز (X) فإذا كان عدد العمال هو (n) عندئذ يكون الوقت الكلي المتاح للعمل (L) حيث :

$$L = n X \qquad \text{.............. (١)}$$

تتضمن المعادلة (١) أن وقت العمل الكلي يتم إقتسامه بالتساوي بين أفراد العائلة في

(1) A. Sen, op. cit, pp. 23-35.

القطاع الزراعي.

وإذا أفترضنا أن حجم الأنتاج الزراعي (Q) هو دالة في وقت السل الكلي (L) بافتراض ثبات الكميات المستخدمه من عناصر الأنتاج الأخري، أي أن:

$$Q = f(L), \quad f' > 0, \quad f'' < 0 \qquad \text{.............. (٢)}$$

وتتضمن المعادلة (٢) إنه في ظل ثبات العوامل الأخري يتزايد الناتج الكلي مع التزايد في كمية وقت العمل الكلي ولكن بمعدل متناقص، أي أن الناتج الحدي للعمل يكون موجبا ومتناقصا وإذا أفترضنا أن استخدام الوحدة من وقت العمل يتطلب دفع القدر (Z) في شكل وحدات من الناتج وبالتالي حجم التعويض الكلي اللازم دفعه لإستخدام كمية وقت العمل (X) هو:

$$S'(X) = ZX, \qquad X \leq X^* \qquad \text{............... (٣)}$$

وتفترض المعادلة (٣) ثبات (Z) عند مستوي معين ومن ثم فإن عرض العمل (X) `S يكون ثابتا عند (Z) طالما أن كميه وقت العمل التي يعرضها العامل (X) كانت تساوي أو تقل عن الحد الأقصي (*X) خلال فترة زمنية معينه، أي أن:

$$S'(X) > 0$$

ويتحقق التوازن بالنسبة لإستخدام العمل عندما يتساوي (Z) أي تكلفة استخدام الوحدة الأضافية من كمية العمل التي يعرضها العامل مع العائد المتحصل عليه من استخدام وحدة العمل الإضافية.

وإذا إفترضنا أن العامل يحصل علي نسبه مقدارها (α) من ناتجه الإضافي حيث:

$$0 \leq \alpha \leq 1$$

فإذا كان العامل يُقيم وحدة الناتج الأضافي التي يحصل عليها الآخرون علي أساس (h) لكل وحدة من الناتج حيث:

$$0 \leq h \leq 1$$

ومن البديهي أنه في ظل اتباع قاعدة إقتسام الدخل (توزيع الدخل بالتساوي بين أفراد

العائله) يكون إهتمام العامل بالاخرين أقصاه كما هو الحال بالنسبة للعمل داخل العائله الزراعية ومن ثم فإن :

$$h = 1$$

أما إذا كان العامل منعزل تماما عن الآخرين كما هو الحال بالنسبة للعمل داخل النشاط الصناعي (العمل بأجر)

فإن : $h = 0$ والمعادلة التالية تعبر عن شروط التوازن:

$$Z = f^{\wedge} (nX) [\alpha + (1-\alpha) h] \qquad \text{.............. (٤)}$$

حيث $X \leq X^*$

وطالما أن الناتج الكلي (Q) يزداد بمعدل متناقص مع الزيادة في (L) فإن الناتج يمكن التعبير عنه كدالة في f' (الناتج الحدي) حيث تنخفض f' كلما زاد الناتج الكلي

$$Q = G (f^{\wedge}) \qquad \text{.............. (٥)}$$

حيث (G) تكون متناقصه

وتبين المعادلة (٥) أن الناتج الكلي يكون داله عكسيه في الناتج الحدي للعمل أو الجهد.

ومن المعادلتين (٤)، (٥) نحصل علي:

$$Q = G (Z / [\alpha + (1-\alpha) h] \qquad \text{.............. (٦)}$$

حيث (G) تكون متناقصه، $X \leq X^*$

ويلاحظ من المعادله (٦) أن الناتج الكلي (Q) يزداد كلما زادت (α) وزادت (h) وكلما كانت (Z) أقل[١].

---

(١) يلاحظ أن (α) تكون مرتفعه في ظل العماله طبقا لنظام العائله (Family System) حيث يحصل كل عامل علي نسبه عاليه من مساهمه في الناتج وذلك نتيجه لقله عدد أفراد العائله. ومن المحتمل أن تنخفض (α) في ظل نظام العائلة الممتدة Extended family حيث ترتبط هذه النسبه بـ ($\frac{1}{n}$) حيث n تمثل عدد أفراد العائله الممتدة. ويلاحظ إنه في حالة نظام العمالة بأجر wage employment قد تصل النسبه (α) إلي الواحد الصحيح حيث يحصل كل عامل علي ناتجه الحدي (نظريا)، ولكن نتيجة العناصر الاحتكارية في سوق الانتاج أو الاحتكار الشرائى في سوق العمل – يحصل العامل علي أجر أقل من ناتجه الحدي. ومن الواضح أن (h) تكون عالية جداً في نظام العائلة بالمقارنة مع نظام العمل بأجر كما تتميز (Z) أي ثمن العرض بالإنخفاض النسبي.

وحيث أن المعادله (٦) تتضمن أن المجهود الذي يبذله كل شخص (X) لايزيد عن الحد الأقصي (X*) فإن:

$$nX \leq nX^*$$

أي أن $L \leq nX^*$ وإذا عبرنا عن (L) كدالة في الناتج فإن :

$$f^{-1}(Q) \leq n X^* \quad \text{.............. (٧)}$$

حيث n يمثل عدد العمال.

ويتحدد "الجهد" المبذول بواسطة كل شخص (X) بالمعادله التالية:

$$X = f^{-1}\left(G(Z / [\alpha + (1-\alpha) h]) / n\right) \quad \text{.............. (٨)}$$

ويلاحظ أن تقليل قوة العمل (عدد العمال n) لن يؤثر علي كمية وقت العمل الكلي (L) أو الناتج الكلي (Q) إذا قام العمال الباقون بزيادة "الجهد" الذي يبذله كل شخص لتعويض النقص في كميه المجهود الناشئ من تقليل عدد العمال، وطالما أن زيادة المجهود التي توضحها المعادله (٨) لن يستلزم زيادة الأجر (Z) ولكن بمجرد أن يصل المجهود إلي (X*) يجب زيادة (Z) وسترتب علي ذلك نقص الناتج الكلي.

ولذا فإن الشرط الضروري والكافي لوجود البطاله المقنعه في القطاع الزراعي طبقا لهذا النموذج هو:

$$X^* \geq f^{-1}\left(G(Z / [\alpha + (1-\alpha) h]) / n\right) \quad \text{.............. (٩)}$$

ويلاحظ أن وجود البطاله المقنعه لم يستلزم أن يكون الناتج الحدي للعمل صفرا (فهذا الشرط ليس ضروريا أو حتي كافيا) كما أن الأجر (Z) لايستلزم أن يكون صفراً.

وكل ما يتطلبه النموذج لوجود البطاله المقنعه هو ثبات (Z)، (α)، (h) وحتي يظل الانتاج ثابت بعد سحب جزء من قوة العمل يجب أن تتغير (X) أي كميه الجهد الذي يعرضه العامل بحيث تقل عن الحد الأقصي (X*).

ويتضح من هذا النموذج إن بالرغم من وجود البطاله المقنعه فإن الناتج الحدي للعمل وكذلك معدل الأجر ظل موجب.

٤- بعض التفسيرات المنطقية المحتمله لوجود البطاله المقنعه:

يمكن أن إرجاع فائض العمل الزراعي في الدول النامية وخاصة في صورته المقنعه إلي العديد من العوامل الاقتصادية والأجتماعية والمرفقيه التي تميز اقتصاديات معظم هذه الدول، ويساعد تحليل هذه العوامل في إعطاء بعض التفسيرات المنطقية المحتملة لظاهرة البطالة المقنعه من الناحية الأكاديميه فضلا عن المساهمة في تحديد السياسات أو الوسائل المناسبه للعلاج. وفيما يلي نعرض لبعض هذه التفسيرات:

أ- إنخفاض مستويات التغذية والصحه للقوي العاملة.

عندما يكون مستوي التغذية متدنيا للغاية تتأثر طاقه العمل وتنخفض الأنتاجيه الحدية (إلي الصفر وربما تصبح سالبه) بمعني عدم تناقص الناتج الكلي (بل يمكن زيادته) إذا ثم نقل جزء من قوة العمل، حيث يترتب علي ذلك زيادة متوسط دخل العمال الباقون وتتحسن المقدرة علي العمل مما قد ينعكس في زيادة متوسط الناتج لكل مشتغل ربما نسبه أكبر من نسبه زيادة الدخل

ويناقش كل من "Mazumdar, Leibenstein and Wonnacott" هذا التفسير للبطاله سواء ضمنياً أو صراحة.

فيصف Wonnacott هذا النوع للبطاله بانه فائض محتمل "Potential Surplus" بمعني أن وحدات الطاقة المبذوله لكل عامل قد تكون دون المستوي المحتمل (التوظف الكامل) ومن ثم فإن تحسين مستوي الطاقة سينعكس في تقليل البطاله، ولكن هذا لن يتم بدون تكلفه حيث يتطلب الارتفاع بمستويات التغذية والصحة زيادة في الأنفاق علي برامج الغذاء والصحه والتي تأتي القوة الدافعة لها من خارج القطاع الزراعي، ويري البعض أن مثل هذه الانفاقات تعتبر ذات طابع استثماري وليس استهلاكي(١).

---

(١) إذا كان الهدف من الإنفاق علي الخدمات الصحية القضاء علي بعض الأمراض المتوطنه التي تسبب كسل وتراخي عدد كبير من السكان مثل الملاريا والدوزونتاريا وأمراض النوم فإن هذا يعد بمثابه انفاق استثماري حيث يترتب عليه زيادة كفائتهم الأنتاجية، وبالمثل فإن الإنفاق الذي يهدف إلي تحسين مستوي التغذية بغرض زيادة المقدرة الإنتاجية يعتبر أيضا بمثابة انفاق استثماري.

ب- قصور إمكانيات الإحلال الفني بين المستخدمات الانتاجيه.

ففي ظل افتراض عدم القابلية للإحلال بين عوامل الأنتاج، فإن وجود عرضه ثابت من آحد المدخلات سيحد من الناتج المحتمل وأيضا من الاحتياجات من المدخلات الانتاجية الأخري.

ومن ثم توجد حدود معينه لعدد ساعات العمل التي يمكن توظيفها بكفاءة قبل أن تنخفض الانتاجيه الحديه لكل ساعه عمل إضافية إلي الصفر.

ومن المحتمل وجود فائض عمل (سواء في صورة متوسط عدد ساعات العمل لكل عامل أو بدلالة عدد العمال) عندما يزيد العمل الزراعي المتاح عن كميه العمل التي يمكن استخدامها بشكل منتج علي قطعة معينه من الأرض ويعتبر النقص أو القصور في المتاح من المدخلات الأخري غير العمل وخاصة الأرض بمثابة مقياس لفائض العمل[1] ويصف "Echaus" وآخرون هذا النوع من البطاله بأنه "بطاله فنيه".

ويمكن إعطاء تفسير آخر لفائض العمل في هذه الحاله، فعندما تكون العائله الممتدة هي الوحده الأساسية التي يتكون منها القطاع الزراعي يكون الاعتقاد السائد هو استخدام كل العمال المتاحين في القطاع العائلي (طالما أنه لابد من إعاشتهم وتغذيتهم) وسيؤدي ذلك في ظل محدودية العرض من الأرض ورأس المال إلي وضع حد أقصي علي كمية العمل (بدلالة عدد ساعات العمل) التي يمكن استخدامها بكفاءة.

وسينعكس ذلك في قيام اقتسام العدد الكلي من العمال للإحتياجات من ساعات العمل فيما بينهم الأمر الذي ينعكس في وجود فائض عمل نتيجة انخفاض متوسط عدد ساعات العمل لكل عامل.

ومن الناحية الأخري إذا كان العمل الزراعي المستأجر (العمل بأجر) من خارج العائله يلعب دوراً أساسياً في تعبئه مدخلات العمل فإن محدودية المدخلات الأخري ستؤدي إلي وجود عمال متعطلين تماما وهم الذين تكون انتاجيتهم الحديه مساويه للصفر أو علي الأقل تنخفض عن ثمن الاحتفاظ بالعمل، وإذا تم توظيف هؤلاء لأي سبب (وليكن نتيجة الضغط

---

(١) يستخدم كل من "Mazumdar, Mehra, Mathur and singh". هذا النوع من القياس للفائض الفعلي للعمل في الزراعة.

الاجتماعي) في أي مكان آخر - فإنهم سيمثلون ذلك الفائض المستتر "hidden" من العمل الزراعي[١].

جـ- ضعف الحافز لتعظيم الدخل فضلاً عن تفضيل الراحه أو الفراغ بالنسبه للدخل المادي:

يمكن تفسير الفائض في العمل الزراعي استناداً إلي بعض العوامل الأجتماعية والمرفقيه التي تنعكس في إضعاف الحافز لتعظيم الدخل وتفضيل الراحه أو الفراغ علي العمل.

فعندما يعتمد القطاع الزراعي علي العائله كمصدر للعمل فإن وجود العائله الممتدة سيمثل عائقا هائلا أمام حركيه العمل لأنها توفر نظاما للضمان الاجتماعي لأفرادها من جهه إلي جانب المسانده المادية من جهة أخري الأمر الذي يؤدي إلي التقليل من الجاذبيه الفعاله للعائد المادي الفردي في حالة إمكانية الحصول عليه من خارج الزراعة

ويري "Lewis" أن الفرد قد لايجد دافعاً لترك العائله والعمل لدي الغير حيث ماقد يحصل عليه الفرد (الناتج المتوسط للعائله) نتيجة اقتسام الدخل يزيد علي الناتج الحدي.

ومن الملاحظ في العديد من الحالات أنه حتي بالنسبة لأولئك الذين تنخفض كثافه العمل أو المجهود في مزراعهم ويعانون من الفقر الحاد قد لايبحثون عن العمل بأجر في مكان آخر حتي ولو عرض عليهم فهم لايعتبرون أنفسهم في حاله بطاله[٢].

يضاف إلي ذلك أن أسواق العمل (بأجر) تكون محليه وتتركز في قري أو أقاليم معينه بحيث أن الفائض في العمل من إقليم معين لايستطيع أن ينافس فيها في حالة رغبته في العمل نظراً للتفاوت الشديد في الانتاجيه فضلا عن إحتمال عدم استجابه العامل الفردي للتنظيم الإداري والفني داخل النشاط الصناعي لأسباب اجتماعيه وثقافية، فالعامل الفردي لكي ينتقل فعلاً إلي النشاط الصناعي ويصبح جزءاً منه يساهم في نموه لابد وأن ينخرط في التنظيم الجديد للعلاقات داخل الصناعة ويقتنع بالتنظيم الجديد وبأهميته[٣].

(I) Warren C. Robinson, op. cit, pp. 377-378.

(٢) تظهر البيانات الأحصائيه الرسميه في الهند أنه في عام ٦١-٦٢ وجد من بين مجموعة العمال الريفيين اللذي يعملون فقط من ١٥-٢٨ ساعة في الأسبوع حوالي ٢٧٪ فقط مستعد للعمل إذا عرض عليه، ومن بين العمال الذين يعملون من ١-١٤ ساعه فقط في الأسبوع كانت نسبه الذي قبلوا العمل الأضافي ٢٣٪. أنظر هامش A. Sen. op. cit., p. 39

(٣) د. عبد الرحمن يسري، تحليل أثر العوامل الاجتماعية علي التنمية الاقتصادية، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ص ٣٣-٣٥، ١٩٧٢.

وفيما يتعلق بتفضيل الفراغ أو الراحه علي العمل نجد أن المبدأ الاقتصادي لتعظيم رفاهيه العامل يقتضي أن يعرض العامل عدداً من الساعات بحيث يتعادل عندها المنفعه الحدية للدخل مع المنفعه الحديه لساعه الراحه أو الفراغ. وكما زاد معدل الأجر زاد عرض العمل بأفتراض تغلب العوامل الاقتصاديه المحفزة علي العمل.

ويلاحظ أن تأثير الأشكال غير المادية للدخل تكون أكثر أهميه في التأثير علي عرض العمل في المجتمعات التقليديه المتخلفه بالمقارنه مع المجتمعات الغربيه المتقدمه، حيث يكون هناك تفضيل قوي للراحه أو الفراغ ومن ثم يحصل العامل بعد حد معين علي قدر أكبر من الأشباع من تخصيص الساعه الأضافيه للراحه بالمقارنة مع الدخل المادي المتحصل عليه من وراء تخصيصها للعمل.

ويترتب علي ذلك أن الزيادة في معدل الأجر ستؤدي إلي زيادة في كميه العمل التي يعرضها العامل ولكن بنسبه أقل ومن ثم فإن كميه العمل المعروضه تكون دون مستوي العماله الكامله أو المحتمل طبقا للمفاهيم المتعارف عليها في الأقتصاديات المتقدمه - وعلي ذلك يوجد فائض عمل محتمل في القطاعي الزراعي في ظروف الدول النامية.

د- الطبيعة الموسميه للزراعة:

تتميز الزراعة كثيفه العمل في معظم إقتصاديات الدول النامية بالطبيعة الموسيمه، حيث يكون هناك فترات يكون فيها الاحتياج شديداً لكميات كبيرة من العمل في أوقات الزراعه والحصاد وقد يصل الطلب علي العمل لأقصاه مما يعني عدم وجود فائض في العمل بل قد تعاني الزراعه من النقص في العمل في هذه الفترات.

أما في بقيه فترات السنه يكون عبء العمل أقل ويتم توزيعه علي فترات طويله نسبياً ومن ثم يعمل العمال فقط كنسبه من عدد ساعات اليوم أو الأسبوع التي يعملونها في أوقات الذروة ومن ثم يوجد فائض عمل في هذه الفترات غير الموسميه.

وتعتبر المناقشة السابقة صحيحه إذا كان "الجهد" أقصي مايكن في الفترات الموسميه وبالتالي الانتاج، ويتحدد أقصي جهد ممكن ليس بعدد ساعات العمل فقط ولكن بنوعية الجهد

وطبيعه الأنشطه التي تتم ممارستها. ويري البعض أنه من الممكن تصور وجود فائض عمل حتي في فترات الذروة الموسميه إذا كان الجهد المبذول كبيراً ولكن يقل عن الحد الأقصي.

وربما يكون ممكنا في هذه الظروف ترك بعض العمال للزراعه ولكن بعد أن يتم إعادة تخصيص المهام أو السرعة التي تتم بها إنجاز الأعمال المختلفه بحيث نصل في النهايه إلي جهد أكبر لكل فرد ومن ثم انتاج أكبر وبالتالي قد نتمكن من الحصول علي نفس مستوي الناتج المتحقق قبل ترك بعض العمال للزراعه.

وهناك احتمال آخر حتي إذا كان الجهد المبذول في بداية الموسم الزراعي - أقصاه. فربما يكون ممكنا زيادة الفترات التي يستلزمها الحصاد في ظل استخدام قوة عمل أقل ويتطلب ذلك احداث تغييرات في التجهيزات المستخدمه أو طريقه تنظيم العمل أو تركيبه المحاصيل[1] ويوصف الفائض في العمل في هذه الظروف بأنه "فائض ديناميكي محتمل، ومن ثم يمكن الحصول مع نفس الناتج باستخدام إعداد أقل ولكن بعد إجراء بعض التغيرات.

٥- النتائج:

أولا: تعرض الأساس النظري لمفهوم البطاله المقنعه للإنتقاد ولم يكن ممكنا تشييد نموذج نظري يسمح بإمكانيه وجود جزء يعتد به من عرض العمل تكون انتاجيته الحديه مساويه للصفر وهو الأفتراض الذي يكاد يحظي بالقبول علي نطاق واسع في ظروف الدول الناميه التي يكتظ فيها القطاع الزراعي بالسكان.

وذلك بعد أن أوضحت العديد من المشاهدات التطبيقيه حصول العمال علي أجر موجب.

فكما هو معلوم تتنبأ نظريه الأنتاجيه الحديه للأجور بأن فائض العمل لايمكن توظيفه بأجر موجب طالما يستهدف مستخدمى العمل تعظيم الربح وهذا قد تحقق في الواقع إلي حد كبير عندما طبقت النظرية في ظل إفتراضات مماثله لتلك التي قامت عليها وأهمها أن سوق العمل تحكمه ظروف المنافسه التامه وأن العوامل الاقتصادية والفنيه البحته هي التي تحكم كل من مسلك الناتج الحدي (المحدد للطلب علي العمل) من

---

(1) Harvey leibenstein, General X-Efficiency theory α Economic Development, New York, Oxford University press, 1978. pp. 65-68.

ناحيه والكميه المعروضه من العمل كداله في معدل الأجر (كمحدد للعرض من العمل) من ناحيه أخري.

واستهدف البحث توضيح إمكانيه وجود فائض العمل في صورته المقنعه دون الحاجه إلي الاستناد إلي الإفتراض القائل بان الانتاجيه الحديه للعمل تكون مساويه للصفر.

وقد تم في هذا الخصوص تقديم تحليل جزئي لنظرية الأنتاجيه الحديه بهدف تفسير البطاله المقنعه ولكن في ظل افتراضات مغايرة للنظرية التقليديه وأهمها قياس العمل في شكل تيار (عدد ساعات العمل) وليس رصيد (عدد العمال) فضلا عن إفتراض أن عرض العمل يكون دالة متزايده لمعدل الأجر لكل عامل.

كما عرض البحث لنموذج أكثر إحكاماً لتفسير البطاله المقنعه أخذ في إعتباره إمكانيه "تغير الجهد" المبذول في حدود معينه فضلا عن بعض المؤشرات التي تعكس ظروف العمل طبقا لنظام العائله والذي يختلف عن العمل بأجر، وقد أمكن في ظل هذا النموذج تقليل قوة العمل دون أن يتأثر الناتج الكلي مع الاحتفاظ بالناتج الحدي للعمل ومعدل الأجر موجباً

ثانياً: إن التعارض بين وجود البطاله المقنعه والحصول علي معدل أجر موجب نشأ أساسا من محاولة تطبيق نظريه الانتاجيه الحديه (التي تقوم علي إفتراضات معينه) ولايجب أن يستنتج من ذلك ضروره التخلي عن هذه النظرية فهذا يعتبر ظلم أو إجحاف بالنظرية التي يتم تطبيقها في ظل إفتراضات مغايرة لتلك التي قامت عليها.

ولعل أهمها أن معدل الأجر يتحدد بظروف الطلب والعرض من العمل وقد أتضح أن معدل الأجر نفسه يؤثر في كفاءة العمل ومن ثم في عرض العمل في ظروف الدول الناميه وخاصه إذا أخذنا في الأعتبار تدني مستوي التغذيه وسوء الأحوال الصحيه وتأثير ذلك علي مجهود أو طاقة العمل.

وربما يتسق وجود البطاله المقنعه بالمعني الذي يستخدمه (نيركسه، ولويس) مع وجود منحني عرض لانهائي المرونه للعمل حيث يظل الناتج الكلي علي حاله طالما يقوم العمال الباقون بزيادة الجهد بحيث يكون كافياً لتعويض النقص في عدد ساعات العمل بعد سحب جزء من العمال الزراعيين.

وكذلك قد يتسق مفهوم البطاله المقنعه مع التحليل الكلاسيكي الذي يربط الأجور بمستوي الكفاف حيث يفترض أن بعد حد معين من استخدام القوه العاملة بالزراعه تكون الزيادات في القوه العامله فائضه (حيث يسري قانون تناقص الغله).

وفي المقابل فإن مفهوم البطاله المقنعه لن يتسق مع وجود منحني عرض موجب للعمل كما لايتسق مع التحليل النيوكلاسيكي الذي يفترض أن النواتج الحديه للعمل الزراعي تكون موجبه.

ثالثا: يعتمد إقتراح سياسات لتحقيق التوظف الكامل والتكوين الرأسمالي والتنميه الأقتصاديه في ظروف الدول الناميه - علي وجود احتياطي كبير من القوي العامله في حاله بطاله مقنعه. تكون انتاجيتها الحدي مساويه للصفر وخاصه في المناطق الريفيه المزدحمه بالسكان، ومن خلال استخدام هذا الفائض من العمل يمكن تحقيق التركيم الرأسمالي بدون إهدار أيه موارد مستخدمه في أنتاج سلع وخدمات بديله.

وغالبا ما ينظر إلي العمل الذي يعاني من البطاله المقنعه بأنه أكثر الأصول وفرة ومن ثم تكون الاستفاده منه مسأله حيويه لتحقيق التنميه الاقتصادية.

غير أنه من الملاحظ أن مثل هذا الاستخدام لن يكون بدون تكلفه وإنما يستلزم تقديم العديد من الحوافز فضلا عن تحسين خدمات البنيه الأساسيه، كما يتطلب توفير المدخلات الضرورية المكمله وخاصه التجديدات الفنيه المكثفه للعمل إذا ما أريد لقوة العمل الباقية بالزراعه أن تبذل جهداً أكبر وتعمل بكفاءة أكبر.

رابعاً: يتجاهل التحليل الاقتصادي للبطاله المقنعه العديد من العوامل أو الظروف التي تميز اقتصاديات الدول الناميه، مما يؤدي إلي نوع من سوء الفهم أو الأرتباك عند وضع مفهوم أو تعريف محدد للبطاله المقنعه.

وقد استعرض البحث في هذا الخصوص العديد من العوامل سواء الاقتصاديه أو الأجتماعيه أو المرفقيه التي يمكن أن تساهم في إعطاء تفسير منطقي لوجود البطاله المقنعه ومن ثم قد تساهم في وضع سياسات ملائمه لعلاجها.

مراجع البحث :

أولا: المراجع العربية

- د. عبد الرحمن يسري، تحليل أثر العوامل الاجتماعيه علي التنميه الاقتصادية، دار الجامعات المصرية، الإسكندريه، ١٩٧٢.

ثانيا: المراجع الأجنبية

- Dsal Meghmad and Dipak Mazumdar, A Test of the Hypothesis of Disguised unemployment, Economica, 1970, Vol, 37.

- Eicher Carl and Lawarence witt, Agricultur in Economic Development, New York, McGraw Hill Book Company. 1964.

- Leibenstein Harvey, General X-Efficiency theory α Economic Development, New York, Oxford university press, 1978.

- Lewis W.A., Economic Development with unlimited supplies of Labor, S.P. Agarwal and A.N. Singh, Economics of under development, Oxford university, 1958.

- Mazumdar Dipak, the marginal productivity theory of wages and disguised unemployment, Review of economic studies, vol. 26, 1959.

- Robinsen warren. c., Types of Disguised Rural unemployment and some policy Implications, Oxford Economic papers, vol. 21, 1969.

- Sen A., Employment, Technology and Development, clarendom press. Oxford, 1975.

- Welisz Stains law, Dual Economics, Disguised unemployment and the unlimited supply of labour, London, Economica Vol. 137, 1968.

الآثــار السلبيــة للإجرام على الحيـاة المـهنية فى نطـاق قانون العمل

دكتــور

همــام محمـد محمـود

استاذ القانون المدنى المساعد

كلية حقوق الاسكنـدرية

تقديم

اللهم قصدت بعملى النفع والإسهام فى إرساء العدل، فبذلت الوقت والجهد والنفس راجيا أن يكون علما نافعا وعملا طيبا ترضاه. فيه أتوجه إليك راجيا الجزاء والمثوبة. فالحمد لله فيما وفقت من عمل ومنه العفو فيما ألم من تقصير.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الإطلاع على النسبة التى يشكلها العمال من جملة المحكوم عليهم بأحكام جنائية[١] - خاصة فى نطاق الجنايات والجنح - مع ما يتبع الحكم بالإدانة[٢] من عقبات أمام السير الطبيعى للحياة المهنية سواء على مستوى الإلتحاق بالعمل سواء على مستوى علاقة العمل القائمة، يظهر القطاع العريض المتأثر بهذه الظاهرة من بين المشتغلين بعمل خاص تابع مأجور وهم من يقتصر عليهم نطاق بحثنا[٣].

ففى مصر، تبين أن عدد العاملين العاديين يبلغ ٤٦٣ من مجموع المتهمين فى الجنايات وعددهم ٢٨٢٥ فى عام ١٩٨٤.

كما يبلغ عدد العاملين العاديين ٦٢٣ من جملة ١٧٣٧ متهم فى جنح سرقات المساكن خلال نفس العام.

ويبلغ عدد العاملين فى جنح السرقات من المتاجر ٦٢١ من جملة ٩٦٥ متهم عن نفس العام.

---

(١) هذه الإحصائيات تمثل وتعبر عن الإجرام الظاهر. لذا لابد أن يدخل فى الإعتبار - عند تقدير هذه الظاهرة - الإجرام الخفى الذى لا يصل إلى علم السلطات.
Le Chiffre noire de la crime.

(٢) إضافة إلى العقبات المترتبة على مجرد الإتهام والإحالة خاصة المصحوبة بحبس احتياطى أو حتى تلك التى يصادفها العامل برغم القرار بعدم تقديمه للمحاكمة أو الحكم بالبراءة.

(٣) ليس بمنأى عن هذا التأثر العاملون بشركات قطاع الأعمال العام والموظفون العموميون وهم من سوف نشير إلى تنظيمهم القانونى فى هذا الخصوص على سبيل المقارنة.

ويبلغ عدد العاملين العاديين ١١٦ من جملة ٤١٨ متهم فى جنح سرقة السيارات فى نفس العام[٤].

وفى فرنسا، فى عام ١٩٧٥، حصر جملة المحكوم عليهم بأحكام جنائية بـ ٢٣٢٨٨٠٦ شخص فى مجمل الجرائم[٥]. كان المحكوم عليهم فى الجنايات والجنح من بين هذا العدد يبلغ ٣٨١٠١٨. فى تصنيف هذا العدد - ٣٨١٠١٨ - من الناحيتين الإجتماعية والمهنية تبين أن ٥٤٪ منه من طائفة العمال موزعة على النحو التالى:

- ٢٩ر٩٪ عمال — Ouvriers
- ١٤ر٦٪ مستخدمون — Employes
- ٩ر٤٪ مستخدموا إدارة — Cadres moyens

فى نفس الإتجاه، تبين من إحصائيات أخرى أن نسبة ٥٠٪ من المحكوم عليهم فى الجنح من الشريحة المنتجة Population active - ينتمون إلى فئة العاملين بالمعنى الواسع[٦].

هذه الإحصائيات تبرز أن التورط فى الإجرام بإرتكابه أو نسبته للعامل ليس بعيدا عن أى منا على الأقل فى شأن الإتهامات الكيدية أو أوامر الإعتقال التى تصدر استنادا لقانون الإشتباه أو قانون الطوارئ أو فى

---

(٤) تقرير الأمن العام - وزارة الداخلية - مصلحة الأمن عام ١٩٨٤.

(٥) Compte général de la justice - 1975. T.1 - P .41.

(٦) ارجع:

Michel Roger; le éffets de la delinquance d'un salarie sur son contrat du travail". Rev. dr. soc. 2 Fev - 1980 - P. 173 et s.

شأن الجرائم غير العمدية(٧)، خاصة فى ظل م ٦٧ عمل - مصرى - التى تبنت فيما مثلت فيه على الخطأ التأديبى معيارا جامدا بقرينة قاطعة، يتمثل فى صدور الحكم النهائى بالإدانة فى شأن أى جناية أو جنحة داخل دائرة العمل ولو لم تكن مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة ودون ما تقدير لمدى تأثيرها على حسن سير العمل بالمشروع وسمعته وثقة العملاء فيه أو تأثيرها سلبيا على امكانيات التعاون مع العامل سواء من جانب صاحب العمل أو رؤسائه سواء من جانب زملائه.

- بتتبع الآثار السلبية للإجرام على الحياة المهنية نجد أن بعضها مرده تارة لدلالة الجريمة. التى ثبت نسبتها للعامل - على الخطأ التأديبى(٨) المبرر للإنهاء أو الفسخ وهو ما تخيرناه مدارا لبحثنا، بإعتبار أن هذه الآثار سلبية تظهر كنتيجة مباشرة لإجرام العامل، بغض النظر عن نوعية ومقدار

(٧) Soc. 5 Mars 1987 D. 1988 - P. 241 note Karaquillo" Le faute grave rendant impossible le contimuation du contrat de travail jusqu' a son terme peut être une faute involontaire".

- Rapp. soc. 29 Nov. 1984: J.C.P. 85 ed. E.I. 14383 P. 172 No. 7, obs. B. Teyssie: decidant que la faut grave n'est pas nécessairement liée à l'intention de commettre un acte indelicat".

- الطعن ٤٧/٣٦٦ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٩ فى عصمت الهوارى جـ ٥ ص ١٢٦ قاعدة ٨٠ "لصاحب العمل فسخ عقد العمل لإخلال العامل بأحد التزاماته الجوهرية المترتبة على هذا العقد .... بشرط أن يكون ذلك راجعا إلى خطئه سواء عن عمد أو لمجرد إهمال".

- نقض مدنى ٢٧/٤٨٦ ق فى ١٩٧٣/١٢/٢٩ س ٢٤ ص ١٣٨٨.

- ٢٦٢ س ٤٢ ق فى ٧٦/٦/٢٩ س ٢٧ ص ١٤٥٤.

(٨) الذى يخل بالثقة الواجبة فى العامل أو يؤثر سلبيا على حسن سير العمل بالمشروع أو على سمعته.

العقوبة المقضى بها. وهو ما أوليناه إهتمامنا على ضوء التنظيم القانونى الوارد فى م ٦١، ٦٧ عمل مقارنا بالقانون العربى والفرنسى المقارن.

– وبعضها مرده تارة أخرى لما قد يحول بين العامل وبين أداء عمله بحيث تدعو حاجة العمل إلى إحلاله بغيره، سواء كان مرجع ذلك لما يصاحب اجراءات جمع الإستدلالات والتحقيق والإتهام والمحاكمة من تحفظ أو قبض أو حبس إحتياطى يتجدد أو لما تختتم به الدعوى الجنائية من ادانة سواء بعقوبة مقيدة للحرية (قصيرة أو طويلة المدة) سواء بالحرمان من حق أوميزة لازمين لأداء وظيفته شأن سحب رخصة القيادة أو رخصة سلاح أو ترخيص بمزاولة المهنة. ذلك برغم أن الجريمة التى ثبت نسبتها للعامل لا تخل بذاتها بالثقة فيه أو لا تؤثر سلبيا على إمكانية التعاون معه أوعلى سمعة المشروع وثقة العملاء فيه. وهو ما قد يصادفه العامل أيضا حيث تتضمن الترسانة القانونية نظما من قبيل قانون الإشتباه وأوامر الإعتقال، فى ظل الطوارئ، بحيث تكون الشرعية القانونية هى – بما تؤدى اليه من عرقلة العامل عن أداء عمله – من أصاب الحياة المهنية فى مقتل.

جملة فى هذه الحالة الأخيرة – حيث لا تكون الجريمة التى ثبت نسبتها للعامل مخلة بالثقة فيه – وبالتالى حيث لا تكون فى ذاتها مثارا للمسئولية التأديبية – قد يفقد العامل عمله كنتيجة غير مباشرة وغير مقصود ترتيبها على التجريم(٩).

---

(٩) أنظر على العكس حيث يرتب المشرع على الحكم بعقوبة جناية العزل من الوظيفة كعقوبة تبعية تترتب مباشرة على الحكم الصادر ضد الموظف دون حاجة للنص =

وبالنظر لأن تأثر علاقة العمل فى هذه الحالة إنما هو أثر سلبى مباشر للإجراءات المصاحبة لجمع الاستدلالات أو التحقيق أو لنوعية العقوبة التي لم يراع فيها الاعتبار المهنى، بحيث امتنع على العامل نتيجة لهذا كله أو بعضه أداء عمله، فإننا إستبعادناه من خطة بحثنا بإعتباره أثر سلبى غير مباشر لإجرام العامل. وفى هذا الخصوص نكتفى بالإشارة إلى ضرورة تضافر آليات القانون الجنائى وقانون العمل لدرء الآثار السلبية عن الحياة المهنية، موازنة مع مصلحة صاحب العمل فى تأمين إستمرار العمل بمشروعه، فى حالة الجريمة التى لا تعد بذاتها مثارا للمسئولية التأديبية.

- فعلى مستوى القانون الجنائى لن يتحقق هدفنا إلا بسياسة رشيدة فى
- نطاق التجريم وفى نطاق العقاب.ففى نطاق التجريم لا نستطيع أن نلتفت عن الإسراف والتضخم التشريعى حيث يعتمد عليه كوسيلة لتحقيق أهداف إجتماعية تتجاوز حماية القيم الأساسية فى المجتمع كنطاق أصيل لقانون العقوبات. بحيث لم يعد قانون العقوبات هو النطاق الوحيد للتجريم بل

= عليه صراحة فى حكم الادانة م ٢٤ ع - م ٢٥ ع - م ٢٦ ع - م ٢٧ع عقوبات مصرى. أو العزل كعقوبة تكميلية لا تطبق إلا اذا نص عليه صراحة فى حكم الإدانة وذلك فى غير حالة الحكم بعقوبة جناية م ١٣٠ - م ١٣١ - ١٣٢ عقوبات - أو حيث يفترض المشرع بقرينة قاطعة قيام الخطأ التأديبى من العامل المبرر للانهاء أو النسخ فى حالة ارتكابه بعض الجرائم الموصوفة م ٦١ - م ٦٧ عمل من القانون ٨١/١٣٧.

أنظر النصوص المقابلة فى قانون العاملين المدنيين بالدولة أو العاملين بشركات قطاع الأعمال العام التى تعتبر الإدانة فى بعض الجرائم الموصوفة بالنص - قرينة قاطعة - مبررا لإنهاء خدمة العامل. (م ٩٤/٧ - م ٤٥/٤).

أصبحنا نعايش "التجريم بالاحالة" فى كثير من التشريعات الفنيــة التى تختتم بنص أو أكثر يجرم مخالفة أحكامه السابقة(١٠).

هذا الإسراف التشريعى فى مجال التجريم، ضرره أكبر من نفعه ذالك أنه بتدخله فى أغلب مجالات الحياة المدنية يخلق الشعور بأن الأصل غدا هو التجريم وليس الإباحة بما يقعد المواطن عن المبادرة خوفا من الوقوع تحت طائلة التجريم.

أضف إلى أن كثرة الالتجاء لوسيلة التجريم يفقدها هيبتها ويدفع المواطن لأن يسعى لتحقيق مصالحه ليس عن طريق موافقة سلوكه للتنظيم القانونى الذى يبدو له جائزا وإنما بالتحايل عليه والتهرب منه.

يضاف لهذه المساوئ أنه من الخطير بمكان الإسراف فى استخدام وسيلة المسئولية الجنائية – فى غير نطاقها الأصيل – مع ما يترتب عليها من ملاحقة المحكوم عليه بوصمة الإدانة مع مالها من إنعكاسات سلبية فى المجال الاجتماعى والمهنى.

ثم إن مبدأ أنه "لا يعذر أحد بجهل لقانون" الذى هو فى أصله حيلة قانونية، يغدو متعذرا الدفاع عنه. لأن مقتضاه فى ظل هذا الإسراف التشريعى، تكليف المخاطبين بالمستحيل ذاته وهو ما يصطدم مع أبسط مبادئ

(١٠) شأن قانون التنظيم العمرانى – قانون الضرائب – قوانين حماية البيئة – قوانين تنظيم الصيد بأنواعه – قواينن المرور – قوانين الأحزاب – قانون تنظيم الانتخاب – قوانين حماية المستهلك (القوانين التموينية ......)

العدالة.(١١) يضخم من حجم المساوئ السابقة للإسراف التشريعى، أن يفتقر التجريم للتحديد والوضوح ودقة الصياغة سواء نتيجة إستخدام اصطلاحات فنية معقدة Termes techniques ou même ésotériques سواء بإستخدام قوالب مرنة توسع الركن المادى بما يجعله "غير محدد"(١٢).

والقاصمة فى تقييم الإسراف التشريعى فى مجال التجريم يدلى بها إخصائيو علم الإجرام، فى فشل هذه الوسيلة فى تحقيق الحماية الفعالة للقيم الاجتماعية المقصودة بالحماية، فلم تنخفض الجرائم بعد التجريم عنه قبله(١٣).

لهذا كله فالدعوة هى إلى حصر نطاق التجريم فيما تدعو إليه الضرورة لحماية القيم الحيوية فى المجتمع من الإعتداء عليها والنأى عن أن يزج به لمواجهة كل إنحراف اجتماعى ولو قل شأنه (م ٤ – م ٥ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان). بحيث ينحصر التجريم كوسيلة ضرورية

---

(١١) أنظر:

J. jacques de Bresson: Revue de science criminelle 1985 P. 243 "inflation des lois penales et ligislations ou reglementations techniques".; Raymond Gassier: Criminologie. Precis Dalloz 1988, P. 52 et s.

(١٢) أنظر م ٥ من قانون الاشتباه الذى قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته.

(١٣) بل إن البعض منهم من يعزو إنخفاض بعض الاحصائيات الى عدم دقتها أو إلى تهرب مرتكبها ونجاحه فى إخفاء جريمته والهروب بها بغير متابعة إلى أن سقطت الدعوى الجنائية أو إلى اهمال الإدارة فى كشف الجرائم أو فى تطبيق النصوص. ويعطون لذلك مثالا بارزا على عدم أمانة الإحصائيات فى التعبير عن الواقع فى خصوص تجريم الدعاية عن السجائر فى المجال الرياضى حيث لم تحصر إلا بضعة عشرة مخالفة من تاريخ تطبيق نص التجريم وهو ما يكذبه الواقع. أنظر المرجع السابق Jacques Bresson..

ولازمة لتحقيق الهدف الإجتماعى[١٤]، مع العناية بدقة الصياغة. والتحديد للركن المادى[١٥]. كما زادت الدعوة إلى افساح المجال رحبا أمام التدابير الوقائية والعلاجية على الأمد الطويل و القصير سواء تلك الموجهة لعامة المجتمع سواء تلك الموجهة للفئات الأكثر تعرضا لخطر الوقوع فى الجريمة - من خلال الأجهزة الرسمية أو غير الرسمية. من قبيل ذلك

---

(١٤) أنظر فى فرنسا حيث أصبح إصدار شيك بدون رصيد بمبلغ لا يتجاوز ١٠٠٠ فرنك مجرد مخالفة (قانون ١٩٧٢) ثم بمقتضى التعديل ١٩٧٥ لم يعد اصدار شيك بغير رصيد جريمة إلا فى حالة قصد الاضرار بالغير (أنظر Raymond Gassier). أنظر فى نفس الموضع، تقليص التجريم لتبعا للتطور الأخلاقى المتمثل فى السماح بالاجهاض بحيث لم يعد جريمة الا بشروط معينة عدم العقاب على الخيانة الزوجية. عدم تجريم زنا الزوجة.
أنظر الاتجاه نحو تبنى الاعذار المعفية شأن المدمن الذى يتقدم للعلاج. مع ذلك فإن الامانة تقتضى الإشارة إلى الاحصائية التى أظهرت أن البلاغات عن اصدار شيك بغير رصيد فى عام ١٩٨١ لم تقل عن مثيلتها فى عام ١٩٧٢ أنظر (Raymond Gassier).

(١٥) أنظر حكم محكمة دستورية عليا مصرية بعدم دستورية م ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥، الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم. ذلك أن نص م ٥ فيما يقرره من أن للاشتباه صورتان، إحداهما أن يكون المتهم قد اشتهر عنه أن اعتاد بعض الجرائم أو الافعال. ورتب القانون عليها عقاب المتهم، وأجاز التدليل عليها بالأقوال والسوابق أو التقارير الأمنية بعد أن قرر أن هذه تعتبر قاطعة فى توكيد خطورته. هذه الصورية مخالفة للدستور بإعتبار أن براءة المتهم أصل لابد من استصحابه فى كل حالة سواء كان المتهم مشتبها فيه أو غير ذلك. وأن الادانة لابد أن تقوم على أدلة تبلغ مبلغ الجزم واليقين وهذه لا يكفى فى تحققها مجرد الشبهات التى تحيط بالمتهم. ثم إن هذا الاشتهار الذى تحدده الصورة الأولى للاشتباه لا يمثل سلوكا أو واقعة مادية وانما قوامة حالة خطرة كامنة مرجعها إلى شيوع أمره بين الناس. وهو ما يخالف بدروه م ٦٦ فى الدستور من أنه يشترط لكل جريمة ركنا ماديا لا قوام لها بغيره وهو ما يتخلف فى حالة الاشتباه.
وحيث أن الصورة الثانية للاشتباه تقوم على أحكام ادانة سابقة فصلتها م ٥.
وهنا أيضا يظل الاشتباه جريمة بلا سلوك. إذ يعتبره مشتبها فيه - مجرما - بناء على جرائمه السابقة وهو ما يناقض السياسة الجنائية القويمة لأنها تعاقب المتهم علي إحتمال إرتكابه فى المستقبل جريمة غير معينة. بما ينطوى على معاقبة الشخص أكثر من مرة على فعل واحد - مشار إليه فى جريدة رسمية ع ٢ فى ٩٣/١٤ ص ٧١ - ٨٤.

الرقابة على بيع الأسلحة النارية. وحظر تداول المخدرات وزراعتها. وتضييق أو منع الترخيص بالحانات. الرقابة على البث الاعلامي وعلى المطبوعات والاهتمام بنشر الوعي الديني والثقافي وخلق روح الحوار الحر وتشجيع الرياضة.

والقضاء علي العشوائيات ورفع مستوى المعيشة وخلق فرص عمل. والإهتمام بدور فعلى للمشرفين الاجتماعيين والموجهين في التجمعات المختلفة (مدرسية - عمالية - نوادى) ورعاية الأيتام وتقرير نظام لكفالتهم بالاضافة إلى تواجد أمنى يمنع الجريمة قبل وقوعها.

- *وفي نطاق العقاب:*

نتج عن الإسراف التشريعي في مجال التجريم، عدم العناية في اختيار العقاب المناسب للجريمة بحسب أهمية القيمة الاجتماعية محل الحماية أو عدم العناية بإفساح مجال التفريد في اختيار العقوبة بما يتناسب مع ظروف المجرم وظروف ارتكاب الجريمة. فكان أن زخرت التشريعات بعقوبة موحدة لجرائم مختلفة أو بالعكس مقابلة معقدة ومفصلة لصور من التجريم والعقاب(١٦). ثم كان أن غلب على تحديد نوعية العقوبة، العقوبات المقيدة للحرية القصيرة المدة مع مالها من آثار سلبية معرقلة للحياة المهنية، خاصة في شأن الجرائم التي لا تعتبر في ذاتها مثارا للمسئولية التأديبية. الأمر الذي يخرج العقوبة عن هدفها كوسيلة لإعادة التأهيل والاندماج في

---

(١٦) Jacques Bresson op.Cit P. 244.

الكيان الاجتماعى إلى أن تكون وسيلة معوقة له ومعمقة لنفوره الاجتماعى بما يفتح السبيل أمام المجرم بالصدفة إلى أن يكون مجرما عائداً.

لذا فالدعوة هى إلى أن يراعى المشرع، فى مجال تحديد نوعية العقوبة ومقدارها وكيفية تنفيذها، الإلتزام بأغراض السياسة العقابية(١٧)، فى غير إفراط أو تفريط، وإلا غدت - بقدر إنحرافها عن هذه الأغراض - وسيلة للضرر الإجتماعى.

ففى مجال نوعية العقوبة(١٨). تكون الدعوة إلى تقييد الالتجاء للعقوبات المقيدة للحرية إلا فيما لزم وفيما لا يمكن تحقيق الهدف العقابى بغيرها من

---

(١٧) تحقيق حماية المصالح والقيم الأساسية الجديرة بالحماية الجنائية من خلال استهداف تحقيق العدالة والردع الخاص والردع العام وإعادة التأهيل. أنظر. د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - دار النهضة العربية - ط ٥ - ١٩٨٢ -

Jean Pradel: L'individualisation de la sanction: essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code penal.
Revue de sciences criminelles. et de droit compare No. 4 1977, Oct-dec. ed. Sirey P. 723 et s.

(١٨) أنظر دراسة للمجالس القومية المتخصصة حول تطوير واصلاح الجهاز العقارى المصرى منشورة فى جريدة الأهرام - ١٩٩٣/٦/٢٥ ص ١٧. حيث أهم نتائجها واقتراحاتها. (١) تبنى نظام قاضى تنفيذ العقوبة المقضى بها الذى يراقب مدى استفادة السجين وتأهيله ومراجعة البرنامج الموضوع له وتعديله اذا اقتضت الحالة ذلك. (٣) الأخذ بمبدأ التفريد القضائى فى مجال اختيار وتقدير الجزاء الجنائى بما يقتضى إيجاد جهاز فنى تابع للمحكمة لدراسة شخصية المتهم وظروفه وظروف بيئته والعوامل الدافعة للجريمة. (٣) الحد من العقوبات القصيرة المدة واستبدالها بالتدابير الاحترازية والعقوبات المالية والتشغيل خارج السجن. كما أشار التقرير إلى التشريع الألمانى (١٩٧٥) الذى أتجه إلى توقيع عقوبة مالية بدلا من عقوبة الحبس التى تقل عن ستة أشهر الا فى حالات الضرورة القصوى، وحتى فى هذه الحالات يتعين القضاء بوقف تنفيذها. (٤) الأخذ بمبدأ التفريد التنفيذى للعقوبة طبقا لدراسات شخصيته وظروفه.

العقوبات المالية أو البدنية أو الماسة بالاعتبار أو بالجزاءات الادارية أو بالتدابير الجزائية الاحترازية كجزاءات مستقلة، بحيث يصبح الالتجاء للعقوبة المقيدة للحرية الوسيلة الأخيرة لتحقيق الحماية الإجتماعية بأبعادها المختلفة على أن يترك للسلطة التقديرية للقاضي اختيار نوعية الجزاء بحسب ظروف المجرم وظروف إرتكاب الجريمة إستجابة لمبدأ التفريد بما من شأنه النجاح في تحقيق الهدف من العقاب وتجنب الآثار السلبية للعقاب الجامد الذى لا يفسح مجالا لشتى الاعتبارات سواء أكانت إعتبارات مهنية أو صحية أو اجتماعية أو تعليمية.

ومن قبيل الإستجابة لذلك في خصوص إفساح المجال للعقوبات المالية وتقليل الإلتجاء للعقوبات المقيدة للحرية خاصة القصير المدة منها، ما قرره القانون ١٦٩/١٩٨١ مصرى من حصر عقوبة المخالفة في الغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه (م ١٢ ع)[١٩]. ولا نرى بأسا من إستخدام العقوبات البدنية شأن الجلد والضرب والقطع[٢٠].

وكذلك للعقوبات الماسة بالاعتبار شأن ما تبناه المشرع المصرى في م ١٩٨ ع من نشر الحكم في صحيفة واحدة أو أكثر أو بالصاقه على الجدران.

(١٩) بينما قبل هذا التعديل كانت المخالفات هى الجرائم المعاقب عليها بالحبس الذى لا يزيد أقصى مقداره على اسبوع أو الغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على جنيه. أنظر على العكس القانون الفرنسى art 465 حيث يقرر أن المخالفة هى تلك التى تكون عقوبتها الحبس بحد أدنى يوم وبحد أقصى شهران أو الغرامة بحد أدنى ٣٠ فرنك وبحد أقصى ١٢٠٠ فرنك.

(٢٠) أنظر إفساح الشريعة الاسلامية المجال لهذه الصورة من العقاب.

كما نرى أن يفسح المجال للتدابير الجزائية الاحترازية كعقوبات مستقلة قائمة بذاتها شأن سحب أو وقف الترخيص بحمل السلاح أو رخصة القيادة أو حجز السيارة ومنع إستعمالها لمدة معينة أو المصادرة أو حظر إرتياد أماكن معينة وإستخدام مراقبة البوليس كتدبير مستقل وليس كعقوبة تبعية أو تكميلية، ومن قبيل ذلك أيضا التسخير فى القيام بأعمال الخدمة المدنية لشخص عام أو جمعية ذات نفع عام أو الالزام بالخضوع لتدابير علاجية أو تهذيبية شأن الالتزام بحضور جلسات علاج نفسى أو توعية بيئية أو تربوية أو ضرورة إجتياز برنامج للتدريب المهنى. على أن يترك المجال التقديرى للقاضى فى اختيار العقوبة. وتحديد مقدارها وبداية وطريقة تنفيذها، بحسب تقديره لظروف المجرم وخاصة الاعتبار المهنى والدراسات النفسية والاجتماعية عنه وظروف ارتكاب الجريمة.

ذلك ولقد خطى القانون الفرنسى خطوات هامة فى هذا الطريق نشير إلى أهمها (م ٤٣ - ١ ع فرنسى - م ٥٨ - ٣ ع فرنسى).

- فقررت م ٤٣ - ١ ع فرنسى فى حالة الجنحة التى يتقرر لها كعقوبة تبعية أو تكميلية جزاءات جنائية أخرى غير الحبس أو الغرامة بالحرمان من بعض الحقوق أو المزايا، التخيير للقاضى فى أن يكتفى بهذه الجزاءات الأخرى كعقوبة أصلية بديلة عن العقوبة المقيدة للحرية أو العقوبة المالية.

وفى هذا تقنين للاتجاه السابق بالحد من الالتجاء للعقوبات المقيد به للحرية فى خصوص الجنح[٢١].

وتقنينا لذات الاتجاه قررت م ٤٣ - ٢ ع فرنسى إمكانية القاضى الإكتفاء بالحكم كعقوة أصلية، بحظر مباشرة النشاط المهنى أو الاجتماعى بحد أقصى ٥ سنوات (Professionelle ou Sociale) الذى استخدمه المتهم أو توصل به لإرتكاب الجنحة العمدية المقدم عنها للمحاكمة الجنائية، وذلك بديلا عن عقوبة الجبس. وواضح أن هذا النوع من الجزاء غير المقيد للحرية لا يحول بين المحكوم عليه وبين مباشرة نشاط مهنى آخر - غير المحظور عليه مباشرته - يرتزق منه ويتحقق من خلاله انضمامه للكيان الاجتماعى.

وفى م ٤٣ - ٣ ع فرنسى أجيز للقاضى أيضا فى خصوص الجنحة المعاقب عليها بالحبس، أن يقضى كعقوبة أصلية بديلة بواحد أو أكثر من الجزاءات الجنائية الأخرى التى تتمثل فى الحرمان من بعض الحقوق أو المزايا لمدة معينة، وهذه تتمثل فى:

- وقف الترخيص بالقيادة بحد أقصى ٥ سنوات، بغير أن يكون ذلك مانعا من مباشرة نشاطه المهنى.
- حظر قيادة طائفة أو أكثر من السيارات بحد أقصى ٥ سنوات.
- مصادرة السيارة.
- احتجاز السيارة ومنع تسييرها بحد أقصى ٦ أشهر.

---

(٢١) والنص يتسع لجميع صور الجنح. ولا يقتصر على حالة الحبس قصير المدة بل يمتد حتى للطويل المدة.

- منع حيازة أو استخدام السلاح بحد أقصى ٥ سنوات.
- سحب الترخيص بالصيد مع منع استصدار ترخيص جديد لمدة لا تزيد عن ٥ سنوات.
- مصادرة السلاح.

كما أجازت م ٤٣ - ٤ ع فرنسى للقاضى فى الجنح المقرر لها عقوبة الحبس أن يقضى بديلا عنها كعقوبة أصلية بعقوبة المصادرة لمحل الجنحة أو للمتحصل عنها أو لما استخدم فى إرتكابها(٢٢).

- كما أجازت م ٤٣ - ١/٣ ع فرنسى، فى حالة الجنحة المعاقب عليها بالحبس، بشرط ألا يكون المحكوم عليه قد أدين فى الخمس سنوات السابقة - على الواقعة محل المحاكمة - عن جناية أو جنحة من جرائم القانون العام أو قضى عليه بعقوبة جناية أو بعقوبة حبس لمدة تزيد عن أربعة أشهر مع النفاذ، للمحكمة فى هذه الحالة أن تقضى عليه كعقوبة أصلية بتسخيره فى عمل، لمصلحة شخص عام أو مؤسسة عامة أو جمعية ذات نفع عام، لمدة لا تقل عن أربعين ساعة ولا تزيد عن ٢٤٠ ساعة.

إلا أنه عنى بالرجوع لعقوبة الحبس فى حالة فشل هذه الجزاءات البديلة وهو ما يظهر فى حالة مخالفة المحكوم عليه للإلتزامات المفروضة عليه أو عدم انصياعه لما يتقرر من حرمانه من حقوق أو مزايا(٢٣).

---

(٢٢) أنظر م ١١ ع فرنسى.
(٢٣) م ٤٣ - ٦ ع فرنسى ذلك معاقب عليه بالحبس بحد أدنى شهران وبحد أقصى سنتان وفى حالة العود يكون الحبس بحد أدنى سنة وبحد أقصى ٥ سنوات.

كما تقدم آلية قانون العقوبات على مستوى تشريع العقوبة، ما يكفل عدم الالتجاء بقدر الامكان للعقوبات المقيدة للحرية، فإنه على مستوى القضاء بالعقوبة يقدم آليات لا تقل أهمية في إمكانية الإستفادة منها للحفاظ للمحكوم عليه على وظيفته وعدم عرقلته عن أداء مهنته.

من قبيل ذلك نظام وقف التنفيذ على ما هو منظم بالمادة ٥٥ ع مصرى اذا ما أدخل الاعتبار المهنى ضمن ظروف المحكوم عليه وماضيه التى تبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود لمخالفة القانون. خاصة أن مجال تطبيقه هو حيث يصدر الحكم فى جناية أو جنحة بالغرامة أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة. والذى قصد أن يفيد منه بالدرجة الأولى المجرم بالصدفة واعانته عن طريق وقف التنفيذ على عدم الإنفصال عن الكيان الاجتماعى وعدم عرقلة حياته المهنية أو الاجتماعية من جراء الادانة.

ثم قد يكون الاعتبار المهنى ضمن الاعتبارات - المتعلقة بشخص المجرم، التى يدخلها القاضى فى إعتباره فى إستخدامه للظروف المخففة (م ١٧ ع) للنزول بالعقوبة عن مستوى الحد الأدنى المقرر للجريمة، حيث يكشف عن تضاؤل الخطورة الاجرامية للمجرم كموجب للرأفة(٢٤). كذلك

= بحيث تكون العقوبة المقيدة للحرية الوسيلة الأخيرة لتحقيق أغراض السياسة العقابية.

(٢٤) نقض ١٩٣٤/١/٨ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ - رقم ١٨١ ص ٣٥.

فإن تقرير العقوبة بين حديها الأدنى(٢٥) والأقصى قد يمكن القاضى من معالجة الاسراف التشريعى فى استخدام العقوبة المقيدة للحرية وقد يمكن من مراعاة الاعتبارات المهنية ضمن مجموعة الاعتبارات المادية والشخصية المتعلقة بارتكاب الجريمة.

كما سمح المشرع الجنائى بالأخذ فى الحسبان بالاعتبار المهنى بمناسبة تقدير العقاب. كما هو الحال فيما قرره فى م ٤٣ - ٣ ع فرنسى من امكانية تضييق نطاق وقف الترخيص بالقيادة بما لا يمنع العامل المحكوم عليه من أداء مهنته(٢٦).

---

(٢٥) ومن الجدير أن حدود عقوبة الحبس فى الجنحة تتراوح من ٢٤ ساعة كحد أدنى الى ما لا يزيد عن ثلاثة سنوات كحد أقصى وهو ما يسمح بمجال واسع للتفريد. (م ١٨ ع مصرى).

(٢٦) ولقد نظمت اللائحة التنفيذية رقم ٧٥ - ١٢٦٠ فى ديسمبر سنة ١٩٧٥ كيفية استخدام رخصة القيادة للأغراض المهنية الذى يجب أن يتضمن تحديدا لطائفة السيارات المستخدمة لهذا الغرض ومكانه وزمانه.

V.C.P. ed. Dalloz ed. 1989 - 1990 P. 28; P. 389 et s.; V. C. d'appel de Paris 20 sept. 76 G.P. 76 No. 5 J. 615 obs. D.S.N.: il convient d'accueillir favorablement en raision du risque de perte d'emploi, la demande d'un conducteur de poids lourds formuleé postérieurement à 'une comdamnation définitive à la supression du permis de conduire et tendant à la conservation du droit de conduire des vehicules des catégories considereés ....;

C. d'appel de Paris 13 Janv. 76 G.P. 76 No. 2 P. 180.

حيث قضت المحكمة كعقوبة أصلية بسحب رخصة القيادة مع السماح له بإستخدامها فيما يستلزمه نشاطه المهنى من استخدام سيارته الخاصة فيما بين منزله والمطار حيث يعمل بمشروع تموين وخدمات للطائرات فى مطار Roissy وأن عمله يستلزم تواجده بالمطار فى أوقات غير منتظمة من الليل والنهار بحيث يتعذر معه استخدام وسائل النقل العام ويكون إستخدام سيارته لازما لمباشرة نشاطه المهنى. - وما هذا إلا تطبيق للمادة ١/٥٥ ع فرنسى.

أنظر فى نفس المعنى:

c. de cass. Ch. Crim. 10 Oct. 77 G.P. 78 [4-5 Janvier 78] P. 12.

=

كذلك فقد أدخل القانون الاعتبار المهنى بطريقة مباشرة فى تحديد كيفية تنفيذ الجزء الجنائى المقضى به فى حالة التسخير للعمل فى خدمة شخص عام (م ٤٣ - ١/٣ ع فرنسى) حيث عنى المشرع بالنص على أن يراعى فى التكليف بالتسخير عدم التعارض مع ساعات العمل بالنسبة للعامل المحكوم عليه (م ٤٣ - ٥/٣ ع فرنسى).

كما أدخل الاعتبار المهنى فى بداية تنفيذ الجزاء الجنائى حيث تقرر جواز الحكم بوقف الإلتزام بالتسخير مؤقتا إستجابة لاعتبار جسيم ذو طابع مرضى. عائلى. مهنى أو اجتماعى (م ٤٣ - ١/٣ ع فرنسى). هذا أيضا قرره المشرع فى م ٤١ ع فرنسى حيث أجاز للقاضى؛ استجابة لإعتبارات جسيمة ذات طابع طبى. عائلى. مهنى أو اجتماعى، تقسيط الغرامة المقضى بها.

وفى نفس الاتجاه قضت م ١/٧٢٠ أ.ج فرنسى بالترخيص لمحكمة الجنح بإمكانية الحكم بالوقف المؤقت لبدء تنفيذ عقوبة الحبس المقررة للجنحة - أو المخالفة[27]. أو حتى تجزئة تنفيذها إستجابة لاعتبارات جسيمة ذات طابع طبى. عائلى. مهنى أو اجتماعى[28].

= حيث خفضت المحكمة - استنادا للمادة ١/٥٥ ع فرنسى - مدة وقف الترخيص بالقيادة الصادر لمدة ٣ أشهر - بحيث يستطيع العامل المحكوم عليه أن يستخدمه خلال أيام العمل.

(٢٧) فى فرنسا ظل الحبس عقوبة جائزة للمخالفة.

(٢٨) وفقا للمادة ١/٧٢٠ أ. ح زمنى على امتداد وقف تنفيذ عقوبة الحبس لمدة تزيد على الثلاث سنوات.

ولا ينفصل عن هذا ما تقرره م ٤٦٠ أ.ج مصرى من عدم جواز تنفيذ الأحكام الجنائية - بحسب الأصل - إلا إذا صارت نهائية. مع إقتراح أن يؤخذ بما أخذ به القانون الفرنسى - على ما سبق بيانه - بالاعتبار المهنى كإعتبار يؤثر فى تأجيل تنفيذ الحكم بالعقوبة المقيدة للحرية.

ثم إن القانون الجنائى يزخر بآليات خاصة بتنفيذ العقوبة من شأنها اذا أحسن إستخدامها أن تحفظ على العامل المحكوم عليه وظيفته وتجنبه الآثار السلبية للعقوبة المقيدة للحرية (خاصة قصيرة المدة).

فى هذا الإطار نشير للمادة ٤٧٩ أ.ج مصرى التى تسمح لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن، وفقا لما تقرره م ٥٢٠ أ.ج وما بعدها، ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار.

وفى هذا الخصوص تقرر م ٥٢١ أ.ج "يشتغل المحكوم عليه فى هذا العمل[٢٩] بلا مقابل لأحد جهات الحكومة أو البلدية مدة من الزمن مساوية لمدة الإكراه التى كان يجب التنفيذ عليه بها، ...، ولا يجوز تشغيل المحكوم خارج المدنية الساكن بها أو المركز التابع له. ويراعى فى العمل

(٢٩) مع ملاحظة أن العمل بلا مقابل لدى جهات الحكومة أو البلديات يعرفه القانون المصرى أصلا باعتباره بديلا عن الاكراه البدنى المقرر لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة، على عكس القانون الفرنسى الذى يعرفه - على ما بينا كجزاء أصلى مستقل (م ٥٢٠ - ٥٢١ أ.ج مصرى).

الذى يعـرض عليـه يوميـا أن يكـون قـادرا علـى إتمامـه فـى ظـرف سـت ساعـات بحسب حالة بنيته.

وهذا يقابل فى القانون الفرنسى نظـام تنفيـذ العقوبة المقيـدة للحرية فـى وسـط نصـف حـر (Semi - Liberté)

حيث تقرر م ١/٧٢٣ أ.ج فرنسى أنه حيث يقضى بعقوبة مقيدة للحرية بحد أقصى ستـة أشهر فإنه يمكن للمحكمـة أن تقرر أن يتم تنفيـذها فـى – وسط نصف حـر – م ٢/٧٢٣ أ.ج[٣٠] فرنسـى إستجـابة لإعتبـار المحافظـة علـى النشـاط المهنـى للمحكـوم عليـه، أو انتظـامه الدراسى أو فـى برنـامج التدريب المهنى الملتحق بـه أو بمـا لا يعـوق دورتـه التدريبيـة أو وظيفـته المؤقتـة بما يخدم إعـادة تأهيلـه الاجتمـاعى أو بما لا يعـرقل دوره الأساسى فى إعـالة اسرته أو بما لا يعـرقل برنامجـه العـلاجى.

كما قد يسـاهم فى الحفـاظ للعـامل المحكوم عـليه علـى وظيفتـه، نظـام الإفـراج الشرطـى (م ٥٢ من قانـون تنظيـم السجـون المصرى) والذى يسمح بالافراج تحت شرط عن كل محكـوم عليـه نهـائيا بعـقوبة مقيـدة للحريـة إذا امضى فـى السجـن ثلاثـة أربـاع مـن: العقوبـة – بمـا لا يقـل عـن تسعـة أشهر[٣١] – وكان سلوكـه فى السجـن يدعـو إلى الثقـة بتقويم نفسـه.

---

(٣٠) أنظر ما تقرره م ٢/٧٢٣ أ.ج فرنسـى مـن سحب الترخيـص بتنفيـذ العـقوبة فـى وسط نصف حـر فى حـالـة مخالفة المحكوم عليـه لإلتزاماتـه وأنظـر إحـالة م ١٣٨ من القـرار اللائحـى المنظـم "لنظـام الوسط الحـر" الى م ٥٣٦ فـى النظـام اللائحـى المنظمـة للإفراج الشرطـى.

V. C.P.P. éd. litec 1990, P. 587; P. 655.

(٣١) أما إذا كانت العقوبات المقضى بها هى الأشغـال الشاقة المؤبـدة فلا يجـوز الافـراج الشرطـىعنه قبل إنقضـاء ٢٠ سنـة على الأقل فى السجن.

ولقد شرط قرار وزير العدل الصادر فى ١٩٥٨/١/١١ للإستفادة بهذا النظام إضافة إلى حسن سيره وسلوكه وعدم اتصاله بذوى السيرة السيئة إلى أن يسعي بصفة جدية للتعيش من عمل مشروع. وهو ما نعتبره آخذا بالاعتبار المهنى كعنصر مؤثر للإستفادة بهذا النظام.

هذا النظام يعرفه القانون الفرنسى تحت اسم Liberation Conditionelle (م ٧٢٩ أ.ج. فرنسى)[٣٢] وقد نظمت م ٣/٥٣٦ من القرار اللائحى لقانون الاجراءات الجنائية الشروط التفصيلية للإستفادة بهذا النظام[٣٣].

ومن هذه الآليات فى اطار القانون الجنائى نشير إلى ما يقرره القانون الفرنسي من أن التقدم لصاحب العمل الاحتمالى بحثا عن وظيفة يعد مبررا للحصول على اذن بالخروج لمدة واحدة أو لأكثر من مرة بما لا يتجاوز يوما واحدا فى كل مرة وذلك بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة خمس سنوات كحد أقصى أو بالنسبة لمن قضى عليهم بأكثر من ذلك في حالة قضاء هذه الفئة الأخيرة نصف المدة. وذلك فى خصوص المحكوم عليهم المرشحين للتمتع بنظام الافراج الشرطى أو بنظام العمل فى وسط

= أنظر د. محمود نجيب حسنى – شرح قانون العقوبات – ص ٧٢٣.

(٣٢) الحد الأدنى للمدة التى لابد أن يقضيها المحكوم عليه فى السجن هى نصف المدة ما لم يكن عائدا فتكون ثلثى المدة وفى حالة الأشغال الشاقة المؤبدة تكون بحد أدنى ١٥ سنة.

(٣٣) أما المادة ٣/٥٣٦ – لائحية – فتشترط استيفاء طالب الاستفادة من نظام الافراج الشرطى واحد أو بعض الشروط المقررة بهذا النص ومنها: – إجتياز دورة تدريبية أو مهنية. وهو ما نلحظ فيه الاستدلال من إجتياز هذه الدورة على النية المؤكدة فى إبتداء حياة ملتزمة والإرتزاق بعمل شريف.

نصف حر أو أولئك الذين أقترب ميعاد الافراج عنهم لقضائهم العقوبة المقررة عليهم (D. 143 C.P.P. Fr.)

في ختام عرض آليات القانون الجنائي التي تساهم في الحفاظ على الحياة الوظيفية للعامل أو في الأقل لا تعرقلها، نشير إلى المدة القصيرة التي لا يجوز أن تتخطاها زمنيا اجراءات التحفظ على شخص المتهم(٣٤) أثناء إجراءات الاستدلال وكذا مدة القبض(٣٥) وكذلك تدعيم الحبس الاحتياطي بضمانات (م ١٣٤ أ.ج - م ١٤٣ أ.ج). سواء من حيث السلطة

---

(٣٤) أنظر م ٤١ من الدستور المصري "١٩٧١" ... وفيما عدا احالة التلبس لا يجوز التبقي على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون. ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي - م ٣٤ أ.ج مصري "لمأمور الضبط في أحوال التلبس ... أن يأمر بالقبض ..." - م ٣٥ أ.ج مصري "في غير حالة التلبس .... إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بإرتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو بالعنف، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب فورا من النيابة العامة أن تصدر أمرا بالقبض عليه". والمقصود بالأدلة الكافية التي تسمح بإتخاذ إجراء التحفظ على شخص المتهم، garde a vue - الأدلة المعقولة التي تحمل على الاعتقاد بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم. أنظر د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الأجراءات الجنائية - ص ٥٨٢.

ويستفاد من نص م ٣٦ أ.ج مصري أن مدة التحفظ لا يجوز أن تزيد إلى ٢٤ ساعة. ومن الجدير أن هذه المدة في فرنسا هي ٢٤ ساعة مع إمكان امتدادها إلى ٢٤ ساعة أخرى بإذن النيابة العامة (م ٧٧ أ.ج فرنسي) - وهي في هولندا لمدة ٣ ساعات وفي الأكوادور ٣ أيام - في شيلي والبرتغال (٥ أيام) وفي كوريا وفي بيرو لمدة ١٠ أيام وفي بلغاريا وسيرلانكا لمدة أسبوعين. أنظر د. أحمد فتحي سرور ص ٥٨٥.

(٣٥) يتضح من م ٣٦ أ.ج. م ١٣١ أ.ج مصري أن مدة القبض لا يجوز أن تزيد على ٢٤ ساعة. بحيث إذا لم يتم استجوابه من سلطة التحقيق خلال هذه المدة وجب اخلاء سبيله. د. أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٧٤٩.

المختصة بإصداره (٣٦) سواء من حيث نطاقه الموضوعي بحيث لابد أن يتعلق بجناية أو جنحة معاقبا عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر بحسب الأصل (٣٧) (م ١٣٤ أ.ج) سواء من حيث علة الالتجاء اليه والمتمثلة أساسا في مصلحة التحقيق للحفاظ على أدلة الاتهام من أن يؤثر عليها الإفراج عن المتهم (٣٨)، على أن يثبت لدى المحقق أن ثمة دلائل كافية تشير إلى نسبة الجريمة الى المتهم.

سواء من حيث مدته حيث تبنى القانون المصري الاتجاه الذي يضع له حدا أقصى. ولقد حدده بحد أقصى لا يجوز أن يزيد على ستة أشهر (م ١٤٣ مصري أ.ج) ما لم يكن المتهم قد أعلن بإحالته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة. فإذا كانت التهمة المنسوبة إليه جناية فلا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطي على ستة شهور إلا بعد الحصول قبل انقضائها على أمر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة. وإلا وجب الإفراج عن المتهم في جميع الأحوال.

علما بأن الأمر بالحبس الاحتياطي لا يصدر بمدة الستة أشهر دفعة واحدة بل بمدد قصيرة يجوز تجديدها من القاضي الجزئي (٣٩). كما يعنينا في

(٣٦) في جميع الأموال ليس لمأمور الضبط القضائي إصدار الأمر بالحبس الاحتياطي - وانحصاره في سلطة التحقيق (م ١٣٤ - م ١٣٦.

(٣٧) ما لم تكن الجريمة جنحة معاقبا عليها بالحبس ولم يكن للمتهم محل إقامة ثابت بمصر (م ٢/١٣٤ أ.ج مصري).

(٣٨) سواء بتضييع الامارات المادية أو الضغط على الشهود.

(٣٩) أولا: الأمر بالحبس الصادر مد النيابة العامة لا يكون نافذ المفعول الا لمدة الأربعة أيام (م ٢٠١ أ.ج مصري). ما لم يكن قاضي التحقيق هو الذي يتولى =

هذا المقام الإشارة، الإفراج الوجوبى عن المتهم المحبوس احتياطيا: سواء حيث يكون قد بلغت مدة الحبس الاحتياطى مدة ستة شهور ، دون أن يعلن المتهم بإحالته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة، أو لم يصدر أمر من المحكمة المختصة (جناية) بمد الحبس الإحتياطى.

سواء إذا اصدرت سلطة التحقيق أمرا بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية (م ٢/١٥٤ أ.ج). سواء. فى خصوص المتهم فى جنحة حدها الأقصى لا يتجاوز سنة، إذا كان له محل إقامة معروف فى مصر ولم يكن عائدا ولم يسبق الحكم عليه بالحبس أكثر من سنة وكان قد مضى ثمانية أيام من تاريخ استجوابه(٤٠) (م ١٤٢ أ.ج) ذلك بجانب مكنة الافراج الجوازى عنه بكفالة أو بدون(م ١٤٥ أ.ج) على شرط أن يتعهد المتهم

= التحقيق فإن له أن يصدر أمرا بالحبس الاحتياطى لمدة خمسة عشر يوما (م ١٤٢ أ.ج).

ثانيا: اذا رأت النيابة العامة مد الحبس الاحتياطى وجب عليها قبل انقضاء مدة الأربعة أيام أن تعرض الأوراق على القاضى الجزئى ليصدر أمرا بما يراه. وللقاضى أن يمد الحبس الاحتياطى لمدة أو لمدد متعاقبة بحيث لا يزيد مجموع الحبس على خمسة وأربعين يوما (م ٢٠٢ أ.ج مصرى).

ثالثا: إذا لم ينته التحقيق بعد استنفاد مدد الحبس الاحتياطى التى خولها القانون للقاضى الجزئى، ورأت النيابة العامة مد هذا الحبس، فإنه يجب عليها عرض الأوراق على محكمة الجنح المستأنفة منعقدة بغرفة مشورة لتصدر أمرها. ولها أن تصدر أمرها بمد الحبس مددا متعاقبة لا تزيد كل منها على خمسة وأربعين يوما اذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك (م ٢٠٣ أ.ج - م ١٤٣ أ.ج).

رابعا: اذا انتهى التحقيق وأحيل المتهم محبوسا إحتياطيا إلى المحكمة، فإن حبسه إحتياطيا يمتد بقوة القانون حتى تقرر الجهة المحال إليها المتهم الافراج عنه. (م ١٥١ م ١٤٣). وكذلك الأمر فى خصوص حبسه إذا قدم للمحاكمة وهو مفرج عنه - يكون من شأن الجهة المحال اليها (م ١٥١ أ.ج).

(٤٠) أرجع د. أحمد فتحى سرور ص ٧٦٨. تظل هذه الحالة ضمن حالات الافراج الوجوبى لو أحيل المتهم للمحكمة المختصة قبل مضى ثمانية أيام من تاريخ إستجوابه.

بالحضور كلما طلب وبالإيفر من تنفيذ الحكم الذى يمكن أن يصدر ضده (م ١٤٤).

ومن الجدير بالذكر أن القانون الفرنسي أعطى الخيار لسلطة التحقيق بين نظام الرقابة القضائية أو نظام الحبس الاحتياطى حسبما يراه ملائما لمصلحة التحقيق. بحيث لا يلتجأ لنظام الحبس الاحتياطى إلا إذا قدر عدم مناسبة نظام الرقابة القضائية أو يرجع إليه فى حالة مخالفة المتهم لإلتزامات الرقابة القضائية المفروضة عليه(٤١).

ولا شك أن نظام الرقابة القضائية يكفل للمتهم حريته الى حين تقديمه للمحاكمة بما لا يمنعه من مباشرة مهنته ووظيفته.

بعد إذ عرضنا لآليات القانون الجنائى التى تحفظ للعامل حياته المهنية برغم الجريمة المنسوبة إليه، فإننا نعرض لآليات قانون العمل والقانون المدنى التى تحفظ له حياته المهنية من العراقيل التى قد تمنعه من أداء عمله سواء فى مرحلة الاستدلالات أو التحقيق والاتهام أو التقديم للمحاكمة أو الإدانة حيث يتعلق الأمر بجريمة لا تعد بذاتها مبررا للإنهاء أو الفسخ(٤٢).

---

(٤١) أنظر المواد م ١٣٧ – إلى م ١٤١/٢ أ.ج فرنسى أنظر خاصة م ١٣٨ – م ١٤١/٢.
- أنظر م ٥/٣ من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الانسان وحرياته الاساسية "كل من حبس احتياطيا على ذمة التحقيق له الحق فى أن يحاكم خلال مدة معقولة أو أن يفرج عنه خلال اجراءات التحقيق والمحاكمة.

V. Rev dr Penal dec 89 P. 13 N. 82.

(٤٢) وهى على ما قدمنا ما يخرج عن نطاق الجرائم الموصوفة بالمادتين ٦١ ، ٦٧ عمل ولم يثبت لها القضاء وصف الخطأ التأديبى المبرر للإنهاء. أى ما يتخلف عنها وصف الخطأ التأديبى سواء المفترض تشريعيا سواء المعتبر قضائيا.

ففى شأن ما يتعرض لـه العـامل، بسبب الجريمـة المنسوبة إليه، من التحفظ على شخصـه garde - à - vue والقبض عليه لضرورات جمع الإستدلالات. فإنـه من الناحية العـملية، وهى لمدد قصيرة[٤٣]، غـالبا مـا يستطيع العـامل إخفائها عن رب العمل، خاصة إذا لم يعقبها حبس إحتياطى.

وتمـثل الأجازة العـارضة أسهل الوسائل القانونية لتغطية التغيب خـلال هذه الفترة.

فالأجازة العـارضة له أن يستخدمها لمدة ٣ أيام خلال السنة سواء دفعة واحدة أو على دفعات على أن تخصم من أجازته السنوية[٤٤].

ويظهر من صياغة م ٤٤ عمل حق العامل فى الانقطاع عن العمل للمدة السالفة دون إذن مسبق من صـاحب العـمل بإعتبار أنها إنمـا شرعت لمواجهة ظرف أو حاجة عرضت وطرأت للعامل ولم تكن معلومة له قبل قيامه بالأجازة.

ونرى أن من حق العـامل أن يحتفظ لنفسه بسبب الأجـازة العـارضة دون أن يكون مطالبا بتعريفها لصاحب العمل حتى بعد عودته للعـمل، كما نرى أنه لا يشترط لشرعيتها أن يتوافر لها أوصـاف القوة القاهرة. ذلك أن النص اكتفى بوصف سبب الأجازة بأنه عـارض أو طـارئ بغير أن يرفعـها

(٤٣) فى مصر التحفظ لا يزيد مدته على ٢٤ ساعة وكذلك القبض. أنظر ما سبق فى آليات القانون الجنائى.

(٤٤) م ٤٤ عمل للعامل أن ينقطع عن العمل لسبب عارض لمدة لا تتجاوز ثلاثة أيام خلال السنة وتحتسب الاجازة العارضة من الاجازة السنوية المقررة للعامل".

لمصاف القوة القاهرة، تاركا للعامل - فى حدود هذه المدة القصيرة - تقدير حاجته لإستخدامها دون تعقيب أو توقفا على تقدير صاحب العمل(٤٥). ودليلنا على ذلك أن المشرع لم يعتبرها تطبيقا تشريعيا لوقف العقد - وبالتالى لا داعى لتطلب أوصاف القوة القاهرة المؤقتة فى سببها، بل اعتبرها جزءا من الاجازة السنوية. ومعلوم أن الحق فى هذه الأخيرة يقوم على اعتبارات اجتماعية. وانسانية ونتيجة من نتائج اتصال العمل - كالتزام - بشخص العامل والحاجة إلى تجديد قدراته الجسمانية وهو ما لا علاقة له بإعتبارات وقف العقد.

إلا أن التحفظ على شخص العامل يمثل مشكلة له، إذا كان قد استنفذ كل أو بعض أجازته العارضة. عندئذ الأمر لا يخرج عن فرضين:

الفرض الأول: أن يتغيب خلال فترة التحفظ دون أن ينبأ صاحب العمل بسبب تغيبه، مؤثرا تحمل الجزاء التأديبى المنتظر لتغيبه، بغير عذر مشروع(٤٦) وبغير إعتراض من جانبه، على إبلاغه عن سبب تغيبه تجنبا لإثارة الشبهات حوله.

---

(٤٥) على خلاف مواعيد الأجازة الاعتيادية التى أناط المشرع بحسب الأصل بصاحب العمل سلطة تحديد مواعيدها بحسب مقتضيات العمل وظروفه (م ٤٥ عمل) أنظر على العكس د. محمود جمال الدين زكى - قانون العمل - ط ٣ - ١٩٨٣ - ص ٥٠٨ الذى يرى أن تقرير الحق فى الاجازة العارضة بنص القانون لا يعفى العامل من وجوب استئذان صاحب العمل، وخضوع استعماله لضرورات سير العمل، إلا إذا بلغت، مبلغ القوة القاهرة، التى تعفى العامل من الحصول على الإذن، أو تجيز له الغياب رغم رفضه.

(٤٦) وهو جزاء سيكون بالضرورة أقل من الفصل، حيث أنه وفقا للمادة ٤/٦١ عمل لا يمثل الغياب بغير سبب مشروع مبررا للفصل إلا إذا تجاوز أكثر من عشرة أيام متوالية خلال السنة أو أكثر من عشرين يوما متقطعة.

الفرض الثاني: أن يعلن العامل عن سبب تغيبه فور تحقق سببه(٤٧) وينازع صاحب العمل فى مؤاخذته عن هذا التغيب، حيث يعتبره هذا الأخير تغيبا بغير عذر مشروع، ومتمسكا باعتبار عقده موقوفا خلال هذه الفترة، على إعتبار أن التحفظ أو القبض عليه يمثل بالنسبة له قوة قاهرة لا تنسب اليه فى ذاتها أو فى سببها، ذلك أن التحفظ الذى لا يكون الا فى حالة التلبس أو فى حالة توافر دلائل كافية على الاتهام(٤٨) لا يجزم بمسئوليته عما يسأل عنه خلال التحفظ عليه حيث يظل فى هذه المرحلة مجرد شاهد قبل توجيه الاتهام اليه أضف إلى أن إجراء التحفظ لا ينفي عنه قرينة البراءة. كما أن هذه القوة القاهرة - التحفظ - لا يمكن دفعها ولا يمكن توقعها من جانبه، أضف إلى طبيعها المؤقتة - بالنظر لقصر مدتها على ما أشرنا من قبل لمدة التحفظ أو القبض - التى لا يضيع بسببها الغرض المقصود من العقد ويظل تنفيذ العقد مجديا بعد زوالها ولا تظهر معها الحاجة إلى إحلال العامل بآخر خلال فترة تغيبه.

---

(٤٧) أنظر م ٣ من القانون رقم ١٩٨٣/١٧ بشأن اصدار قانون المحاماة الذى يقرر أنه يعد من أعمال المحاماة: "الحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى وجهات التحقيق الجنائى والادارى ودوائر الشرطة ..... "بما يستفاد منه أن من حق المتحفظ على شخصه فى مرحلة جمع الاستدلالات - وإن لم يوجه له اتهام محدد بعد - أن يحضر معه محامى أثناء سؤال رجل الضبط القضائى له. - أنظر قانون مقارن مشار اليه فى د. أحمد فتحى/ الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية - ص ٥٨٧ - بما يجعل إتصال العامل المتحفظ عليه بمحاميه وابلتالى إيصال سبب تخلفه عن العمل لصاحب العمل غير مستحيل عليه.

(٤٨) فقد يتبين رغم التلبس أو الدلائل الكافية وجود سبب من أسباب الاباحة، أو قد تقدر المحكمة عدم جدية دلائل الاتهام.

لكل هذا يحق فى رأينا للعامل التمسك بإعتبار عقده موقوفا خلال الفترة التى يستغرقها التحفظ أو القبض على شخصه[٤٩].

أما حيث يتعرض العامل للحبس الاحتياطى، فإنه من الجدير بالذكر أن نظام الوقف الاحتياطى - م ٦٧ عمل - لا يخدم العامل فى هذا المقام ولا يستطيع أن يتمسك بتطبيقه عليه، باعتباره من ناحية - مقصور الإلتجاء إليه على الجرائم التى أفترض فى شأنها المشرع الخطأ التأديبى المبرر للانهاء أو الفسخ، دون غيرها من الجرائم. وهو ما نؤيده على إعتبار أن الحكمة منه تتمثل فى استبعاد العامل مؤقتا من نطاق العمل الفعلى داخل المشروع، مع بقاء عقده موقوفا - إلى حين تبين نتيجة التحقيق أو المحاكمة معه، فيما إذا ثبت نسبته إليه أعتبر مبررا كافيا لانهاء عقده. وبالتالى فبقائه على رأس العمل الفعلى مع إحتمال ثبوت تورطه فى هذه النوعية من الجرائم يتعارض مع حسن سير العمل داخل المشروع والثقة الواجبة فى العمال. بينما فى الفئة الاخرى من الجرائم، التى لا تعد بذاتها مثارا للمسئولية التأديبية[٥٠] فإن بقاء العامل على رأس العمل الفعلى إلى حين صدور الحكم الجنائى، لا يمثل إخلالا بحسن سير العمل أو خطورة عليه، وبالتالى لا داعى لنظام الوقف الاحتياطى فى هذه الحالة.

من ناحية أخرى: لأن الالتجاء لنظام الوقف الاحتياطى جوازى لرب العمل بغير رقابة أو تعقيب عليه.

---

(٤٩) أنظر فى تأييد هذا الرأى Michel Roger - Op.Cit., P. 182 No. 35.
- د. محمد لبيب شنب - شرح قانون العمل - ط ٣ - ص ٢٤٤.

(٥٠) مع التسليم بإحتمال تحقق الخطأ التأديبى فى غير صور الجريمة المحددة بالمادة ٦٧ عمل لأن الخطأ التأديبى صوره غير محددة على سبيل الحصر.

فى خارج نظام الوقف الاحتياطى حيث لا يلجأ اليه صاحب العمل فى شأن الجرائم المفترض فى شأنها، الخطأ التأديبى وفى شأن غيرها من الجرائم، نرى أن نميز بين فرضين:

الفرض الأول: حيث يفرج عن العامل المحبوس احتياطيا، سواء إفراجا وجوبيا أو جوازيا قبل إكتمال مدة الغياب المعتبرة من جانب المشرع فى حالة كونها بغير سبب مشروع - ميررا لأنهاء خدمة العامل(٥١).

فى هذا الفرض، قد يؤثر العامل أيضا عدم إبلاغ رب العمل بسبب تغيبه، متحملا الجزاء التأديبى الذى قد يوقعه عليه(٥٢).

إلا أننا نرى، أن القواعد العامة للوقف تنطبق فى هذا الفرض على ذات النحو ولذات الأساس الذى أشرنا إليه فى خصوص التحفظ والقبض على العامل، وذلك بشرط أن يبلغ صاحب العمل بسبب تغيبه فور تمكنه من ذلك(٥٣).

---

(٥١) م ٤/٦١ أكثر من عشرة أيام متوالية.

(٥٢) وهو بالضرورة أقل من الفصل، لأن تغيبه كان لمدة أقل مما اعتبرته م ٤/٦١ خطأ مبررا للفصل.بل إن العامل خشية من أن يؤخذ بالشبهات قد يقدم عذرا مكذوبا (مرضيا أو إجتماعيا) وهو ما اعتبرته بعض الأحكام فى ذاته - الكذب - مبررا للانهاء المشروع.

V 1er dec. 1960.
Cité in Michel Roger P. 182 Note 72.

فى رأينا يعتبر كذب العامل مغتفرا لخشيته المبررة من موقف رب العامل، والعبرة فى معاملته بالواقع.

(٥٣) وفقا لقواعد الاجراءات الجنائية لا يستحيل عليه ذلك، إذ يكون للمحبوس احتياطيا حق الاتصال بمن يرى ابلاغه بما وقع والاستعانة بمحام (م ١٣٩ أ.ج).

الفرض الثانى: حيث يمتد الحبس الاحتياطى[٥٤] لمدة الغياب التى تبرر (م ٤/٦١ عمل) فصل العامل. أى الأكثر من عشرة أيام. فإننا نرى أنه فى غياب نص تشريعى خاص[٥٥] لابد من تطبيق القواعد العامة فى الوقف.

والتى مؤداها وقف العقد عن ترتيب آثاره التعاقدية المتبادلة خلال الفترة المؤقتة التى إستحال فيها تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه نتيجة قوة قاهرة لا يمكن دفعها أو توقعها من جانبه مع بقاء ارتباطه بالمشروع.

واذا كنا قد أشرنا فيما سبق إلى أن الحبس الاحتياطى يمثل بالنسبة للعامل قوة قاهرة لا تنتسب اليه فى ذاتها أو فى سببها - بما يجعل إستحالة أدائه للعمل غير منسوب لخطأه - أضف الى أنها لا يمكن دفعها أو توقعها. فإن أثرها الموقف يتوقف على طبيعتها المؤقتة، لأنه اذا ثبت أنها ذات طبيعة نهائية فإن القانون يوجب انفساخ العقد الذى استحال نهائيا تنفيذ التزاماته على أحد طرفيه.

---

(٥٤) ويأخذ حكم الحبس الاحتياطى الحبس القضائى بحكم غير نهائى بإعتبار أنه حكم غير حائز للحجية وأنه لم تستقر به الأوضاع بصفة نهائية. بحيث يقطع بنسبة الجريمة للعامل - أنظر التفسير التشريعى رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ للقانون ٦٤/٤٦ بإصدار قانون العاملين المدنيين بالدولة.

(٥٥) أنظر م ٨٤ من القانون رقم ٧٨/٤٧ عاملين مدنيين بالدولة "كل عامل يحبس احتياطيا أو ... يوقف بقوة القانون عن عمله مدة حبسه ويوقف صرف نصف أجرة فى حالة حبسه إحتياطيا ... ويعرض الامر عند عودة، العامل إلى عمله على السلطة المختصة لتقرير ما يتبع فى شأن مسئولية العامل التأديبية فإذا اتضح عدم مسئوليته صرف له أجرة الموقوف صرفه.

فكان المشرع وضع قرينة قطعية مقتضاها أن الحبس الاحتياطى أيا كانت مدته يعتبر قوة قاهرة مؤقتة دون تعليق ذلك على الأثر الفعلى لمدة الحبس على الحاجة لإحلال العامل المحبوس بغيره.

ويقصد بالطبيعة المؤقتة للقوة القاهرة إلا تظهر معها الحاجة الى إحلال المحبوس بآخر، وبحيث لا يترتب على وقف العقد تضييع الغرض المقصود من العقد بحيث يظل انتظار تنفيذه مجديا بحسب النية المشتركة لطرفيه[٥٦].

تقدير هذه الطبيعة المؤقتة للحبس الاحتياطى إما أن يكون محل تقدير بحسب كل حالة على حدة - معيار مرن - بالنظر لتقدير العلاقة بين مدة الحبس الاحتياطى والحاجة إلى إحلال العامل المحبوس بغيره، آخذين فى الاعتبار طبيعة الوظيفة التى يشغلها العامل وما إذا كانت ثانوية أو رئيسية أو ما إذا كانت مادية أو تحتاج على العكس لتخصص دقيق وخبرة صعب استعاضها كما ينظر لعدد العمال البدلاء فى المشروع ولا بأس من الأخذ فى الاعتبار بأقدمية العامل وسجله، أضف إلى مدى إمكانية سد الفراغ عن طريق وسائل الاحلال المؤقت بنظام العمل المؤقت أو عقود العمل المحدد المدة.

وإما أن يؤخذ فى تقدير الطبيعة المؤقتة بمعيار جامد نسبى على سبيل القياس على م ٥٠عمل فى شأن المرض، التى اعتبرت أن مدة الـ ١٨٠ يوما تعتبر مدة قصيرة ذو طبيعة مؤقتة لا يتعرقل معها سير العمل نتيجة غياب العامل[٥٧]. على أن يسمح لرب العمل أن يثبت الحاجة الملحة

---

(٥٦) أنظر Michel Roger Op.Cit.,

(٥٧) م ٨٤ عاملين مدنيين بالدولة. قرينة قاطعة على أن الحبس الاحتياطى دائما ذو طبيعة مؤقتة أيا كانت مدته. أنظر يأخذ بهذا الرأى Michel Royer .

لاحلال العامل المحبوس بغيره - خاصة وظائف الادارة العليا - تحت تقدير القضاء لما يقدمه لرب العمل. فإذا تحقق هذا الوصف كان للعامل(٥٨) أن يتمسك بإعتبار عقده موقوفا خلال فترة الحبس الاحتياطى، ذلك بشرط أن يخبر العامل صاحب العمل، بسبب تغيبه قبل أن يصدر من هذا الأخير إنهاء للعقد وإلا اعتبر إنهاء مشروعا(٥٩). من جانبنا، فى غياب نص خاص ينظم هذا الابلاغ، نرى أن مدة الابلاغ لا يجوز أن تجاوز مدة العشرة أيام المعتبرة مبررا للفصل، خاصة حيث يقوم رب العامل بإنذار العامل وفقا للمادة ٦١/٤ عمل بعد انقطاعه بخمسة أيام(٦٠).

- فى نفس المعنى فى خصوص أثر الاعتقال نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٦م.م.ف. س ٢٨ - مدنى - ص ٦١٢ حيث أعتبر له طبيعة القوة القاهرة المؤقتة التى ترتب وقف العقد مع استحقاق العامل لأجرة بإعتباره العماد الأساسى لمعيشته.

(٥٨) يقع عليه عبء اثبات أوصاف القوة القاهرة الموقفة للعقد، لأنه هو الذى يتمسك بها.

(٥٩) بعض الاتفاقيات الجماعية تحدد للعامل مدة يتعين خلالها إبلاغ صاحب العمل فيها بسبب تغيبه والا اعتبر الانهاء منسوب إليه.

V. Convention nationale de l'habillement et de la nouveauté au detail de la region parisienne in Michel Roger Op.Cit., P. 182. Note 76; soc. 3 nov. 77 D. 78 I.R. 28 pour un mineur dont le statut imposait de justifier l'absence dans les six jours; dans une hypothese où le travail n'a pas été repris par le salarié à la fin de la détention.

فى نفس المعنى نقض جلسة ٨٣/٤/١١ طعن ٤٨٠ لسنة ٣٩ ق. "اعتقال العامل، قوة قاهرة أثرها وقف العقد مؤقتا دون انفساخه. والقضاء برفض دعوى الفصل التعسفى إستنادا إلى أن اعتقال العامل وانقطاعه عن العمل مرجعه تصرفات العامل نفسه. خطأ فى القانون، فتوى ج.ع. للقسم الاستشارى بمجلس الدولة فى ١٩٥٦/٤/١٠ مشار إليها فى محمد حامد الجمل - الموظف العام فقها وقضاء - سنة ٦٩ ص ١٤٤٩.

(٦٠) V. Soc. 25 Janvi 1980 D. 1981 inf. rap. Somm. Commentés - ; Dr. Ouvrier Mai, 1981 - P. 188 note Marc Richeveaux.

=

أما عن أثر الوقف على آثار عقد العمل. فإنه وفقا للقواعد العامة للوقف، فإن آثار العقد تظل فى حالة سكون بحيث تتجمد الالتزامات الرئيسية المتبادلة لطرفيه.

وكان مقتضى ذلك أنه فى مقابل سقوط التزام العامل بأداء العمل نتيجة القوة القاهرة المؤقتة التى عرضت له أن يسقط التزام صاحب العمل بدفع الأجر، تطبيقا لفكرة تقابل الالتزامات وإرتباطها وإعتبار أحدها سببا للآخر.

إلا أن حكم النقض السابق الاشارة إليه[٦١] قرر التزام صاحب العمل بالأجر كاملا طيلة فترة الوقف للعامل إستنادا للإعتبار الإجتماعى للأجر.

ذلك ولقد تعرض القانون المدنى فى م ٦٩٢ للحالة التى يتقدم فيها للعمل ولا يمنعه منه إلا سبب راجع لرب العمل، وعند ذلك يكون له حق فى أجر ذلك اليوم.

هذا النص يقرر للعامل حق فى الأجر الكامل حيث يرجع سبب عدم تقديم العمل له سواء لخطأ رب العمل شأن عدم توفير المواد الأولوية،

= "لا يمثل مبررا حقيقيا ومشروعا للفصل، إنقطاع العامل عن عمله لمدة قصيرة (٥ أيام تمخضت عن ٣ أيام عمل) حبس خلالها إحتياطيا لحمله سلاح بغير ترخيص. خاصة أن هذا العامل ذو سجل ناصع وسارع بإبلاغ رب العمل عن سبب تغيبه ثم إن الجريمة التى أتهم فيها وصدر فى شأنها من بعد حكما بالادانة مع وقف التنفيذ، تمت خارج المشروع ولا تتعارض مع مقتضيات الوظيفة ولا تمثل ضررا على المشروع كما أن بقاء العامل داخل المشروع رغم ادانته لا يمثل تهديدا لأمن العمالة".

V. Michel Roger Note 68.

(٦١) نقض ١٩٧٧/٣/٦.

وهذا هو مقتضى القواعد العامة، سواء لرب العمل وان لم يكن بخطأه شأن انفجار فى مصنعه أو عطل فى آلاته. أما ماله وصف القوة القاهرة شأن انقطاع الكهرباء أو الماء اللازمين لأداء العمل فيخرج عن نطاق النص ويخضع للقواعد العامة فى عدم تحمل صاحب العمل بأى أجر، على أعتبار أن عدم تقديمه للعمل لا يرجع إليه وإنما يرجع لقوة قاهرة.

كان مقتضى ذلك تطبيق نفس المبدأ فى شأن العامل حيث يمتنع على العامل بدوره تقديم العمل بقوة قاهرة، الا أن المشرع قرر حكما خاصا فى م ٢/٣٦ " أما اذا حضر - العامل - وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن ارادة صاحب العمل أستحق نصف أجره" بما مقتضاه التزام صاحب العمل بأداء نصف الأجر للعامل، رغم أن عدم تقديم العمل للعامل راجع للقوة القاهرة. وهذا ما نستند إليه على سبيل القياس للقول بأحقية العامل، الذى حال بينه وبين أداء عمله قوة قاهرة مؤقتة، فى نصف الأجر[٦٢].

أما إذا اعتبر الحبس الاحتياطى بالنظر لمدته[٦٣] قد تجاوزت طبيعته الطبيعة المؤقتة للقوة القاهرة كسبب للوقف، الى أن يكون سببا نهائيا يحول

---

(٦٢) فى نفس المعنى .. حسام الأهوانى ص ٣٤٢ "العدالة تستوجب القول بأن م ٢/٣٦ قد جعلت من اعطاء العامل نصف الأجر مبدأ واجب الأعمال فى حالة القوة القاهرة سواء منعت تلك القوة العامل أو صاحب العمل". وهو ما يصدق على هذه الحالة وحالة الوقف خلال فترة القبض والتحفظ على شخص العامل.

(٦٣) سواء بالنظر للمعيار المرن أو بالنظر للمعيار الجامد السابق الاشارة اليه كما اذا قدم العامل المتهم للمحاكمة محبوسا احتياطيا وقررت هذه الجهة مد حبسه إحتياطيا الى ما تجاوز فترة الستة أشهر (م ١٤٣/أخيرة أ.ج).

دون أداء العمل، فإنه ينفسخ بقوة القانون بغير حاجة إلى اتباع اجراءات الانهاء المتطلبة قانونا(٦٤).

- أما حيث يصدر حكما بالادانة فى جريمة مما يعد إرتكابها فى ذاته مثارا للمسئولية التأديبية (م ٦١ + ٦٧ عمل) فإن لصاحب العمل الاستناد إليها لانهاء عقد العامل، بغض النظر عن العقوبة المقضى بها وهو ما سنفصله لاحقا فى فصول البحث.

- أما إذا تعلق الأمر بإدانة فى جريمة مما لا تعد بذاتها مثارا للمسئولية التأديبية، فإن أثر الادانة على الحياة المهنية يظهر فيما يترتب عليها من حيلولة بين العامل وأداء عمله سواء نتيجة للعقوبة المقيدة للحرية

---

(٦٤) ولا نرى مبررا للخروج عن أحكام الانفساخ كما فعل المشرع المصرى فى شأن المرض الطويل حيث اعتبره مبررا مشروعا للانهاء. م ٥٠/أخيرة "ولا يجوز لصاحب العمل انهاء خدمة العامل بسبب المرض الا بعد استنفاذ المدة المشار إليها". لأن الخروج على القواعد العامة فى الانفساخ (م ١٥٩ مدنى) يحتاج لنص خاص وهو ما نفتقده فى شأن الحبس الاحتياطى المعتبر قوة قاهرة نهائية
C. Civ. Fr. art 1147.
V.S. Pelissier le mouveau droit du licenciement - sirey 1977 P. 11 - 14. "distinction entre licenciement et force majeure.
أنظر عكس هذا الرأى Michel Roger P. 182. حيث يعبر الحبس الاحتياطى الطويل المدة - بغير إشتراط ظهور حاجة العمل لإحلال العامل المحبوس بغيره - مبرر للإنهاء.

(قصيرة أو طويلة المدة) سواء نتيجة لما تصدر به نتيجة حرمان من ميزة أو حق ضروريان لممارسة المهنة، شأن سحب الترخيص بالقيادة أو بحمل السلاح أو الترخيص بمزاولة المهنة.

في غياب نص تشريعي خاص، نرى أن هذه الحالة تخرج عن نطاق وقف العقد ولا مجال للتمييز بين ما إذا كان العائق - الذي حال بين العامل وأداء عمله نتيجة الادانة - ذو طبيعة مؤقتة - قصيرة المدة بالنظر لعدم الحاجة الى الاحلال. وبين ما اذا كان ذو طبيعة نهائية أى طويل المدة بحيث ظهرت معه الحاجة الى احلال العامل بغيره.

لأن القوة القاهرة سواء النهائية المؤدية لإنفساخ العقد سواء المؤقتة المؤدية الى وقفه كلاهما لابد أن تكون أجنبية عن خطأ معامل. بينما فى حالتنا هذه ، فإن استحالة أداء العمل - نهائيا أو مؤقتا - راجعة لخطأ العامل الثابت بالادانة التى حسمت وقوع الجريمة ونسبتها له، وان لم تمثل الجريمة المرتكبة فى ذاتها خطأ تأديبيا مبررا للفصل، بل ولو كان ارتكابها لا يثير المسئولية التأديبية للعامل فى جميع درجتها باعتبار أنها لا تتعارض أو تخل بمقتضيات وظيفته أو تضر بالمشروع أو تخل بالثقة فيه أو فى المشروع(٦٥).

(٦٥) V. Bernard Teyssie. droit du travail ed. sitec. 1980 P. 307; . Tr. d'instance de lille 14 Janv. 80 D. ouvrier Mai 81 P. 189.

هذا الامتناع عن أداء العمل - بسبب هذه الإدانة - يصلح مبررا حقيقيا وجديا للانهاء من جانب صاحب العمل سواء استنادا للمادة ٤/٦١ عمل سواء استنادا م ٥/٦١ عمل(٦٦)، م ١/٥٨ عمل".

ذلك ما لم يتدخل المشرع بنص خاص - وهو ما نقترحه - يقرر فيه وقف عقد العمل بقوة القانون فى حالة الإدانة - فى جريمة من الجرائم التى لا تعد بذاتها مثارا للمسئولية التأديبية(٦٦). ذات المدة القصيرة(٦٧) (ونقترح

---

(٦٦) نفس الرأى د. محمد عبد الخالق عمر - قانون العمل الليبى - ١٩٧٠ - ص ٣٩٥ والأحكام المشار اليها فى نفس الموضع هامش ٦ عمال القاهرة ٥٦/١٠/١٤ مشار إليه فى د. اسماعيل غانم - قانون العمل - ص ٤٢٧ هامش ٥ "حبس العامل تنفيذا لحكم جنائى لا يعتبر سببا مشروعا للغياب فيصح فصله".
انظر اقتراح Michel Roger بأن يكون الانهاء فى هذه الحالة إنهاء مؤقتا مع أولوية فى اعادة التعيين بعد انهاء فترة العقوبة أو المنع الناتج عن الإدانة بالنظر لظروف المشروع.
- أنظر مع ذلك أحكام قضاء فرنسى تعتبر الامتناع عن أداء العمل بسبب الإدانة - سواء طويل أو قصيرة المدة - انهاء منسوب للعامل.
V. Soc. 30 avril 75 D. 75 I.R. 125; Soc. 22 mai 64 B. IV 423, V. Marc Richeveaux not in D. ouvrier P. 188 - 192; V. aussi arrêts de jusiprudence cités in Michel Roger - Op.Cit - P. 182 - 183.
V. Soc. 2 mai 73 cah prud'h 73.195.
من جانبا، لا نرى أن يفسر الامتناع عن العمل نتيجة الادانة على أنه استقالة ضمنية، لأن هذه لابد أن تكون وسيلة إختيارية إتخذها العامل للتعبير الجازم عن إرادته من إتخاذ الانقطاع عن العمل وسيلة للتعبير عن الاستقالة. وهو ما يكذبه الواقع على إعتبار أن انقطاعه عن العمل مفروض عليه بمقتضى الادانة وليس إنقطاعا إختياريا قصد به الاستقالة. وفارق بين التعبير عن الارادة الجازمة بالاستقالة - بمبرر مشروع أو بغير مبرر -وبين الانهاء الصادر عن رب العمل لمبرر منسوب للعامل. وليس أكثر دلالة على ذلك من أن قانون العمل المصرى اعتبر الانقطاع عن العمل بغير سبب مشروع خطأ مبررا للانهاء (م ٤/٦١ عمل) وفى نفس الوقت اعتبره وسيلة ضمنية للتعبير عن الاستقالة (م ٧١/ ثالث) وأن الذى يقطع فيما إذا كان العامل يقصد من هذا الانقطاع الاستقالة من عدمه يتبين عند عرض حالته على اللجنة الثلاثية ومواجهته بهذا الانقطاع فإذا أقر بإنها استقالة، ينسب الانهاء إليه، وإذا قدم أسباب غير مشروعة لم يقبلها رب العمل عن تغيبه اعتبر خطأ تأديبيا ونسب الانهاء لرب العمل.

(٦٧) على اعتبار أن نظرية الوقف لا تسعفنا فى هذه الحالة لتخلف شرطها على ما بيناه.

الا تزيد على ٦ أشهر قياسا على م ٥٠ عمل) - والتى لا يظهر خلالها لرب العمل حاجة فى احلال العامل بغيره[٦٨]. ما لم نفضل عليه معيارا جامدا - تلافيا للمشاكل العملية - بمقتضاه يقف عقد العمل خلالها المدة القصيرة - ٦ أشهر - ما لم يتعلق الأمر بوظائف الادارة العليا[٦٩]. وفى الحالتين لا نرى مبررا لأن يصرف للعامل أى أجر خلال فترة الوقف، على إعتبار أن الامتناع عن العمل راجع لخطأه، والا كان القول بغير ذلك فيه مكافأة للعامل المخطئ وتحميل رب العمل بتبعات وأخطاء العامل[٧٠].

= تسويتها بالحبس الاحتياطى السابق الاشارة اليه. أنظر م ٨٤ من قانون العاملين المدنيين بالدولة - ٧٨/٤٧ - كل عامل يحبس احتياطيا أو تنفيذا لحكم جنائى يوقف بقوة القانون عن عمله مدة حبسه ويوقف صرف نصف أجرة فى حالة حبسه احتياطيا أو تنفيذا لحكم جنائى غير نهائى. ويحرم من كامل أجره فى حالة حبسه تنفيذا لحكم جنائى نهائى. ويعرض الأمر عنه عودة: العامل الى عمله على السلطة المختصة لتقرير ما يتبع فى شأن مسئولية العامل التأديبية فإذا اتضح عدم مسئوليته صرف له نصف أجره الموقوف صرفه - أنظر فى التعليق على النص المقابل فى قانون العاملين فى القطاع العام - الاستاذ احمد شوقى المليجى - المرجع السابق ص ٦٨١ - ٦٨٣.

(٦٨) وعلى رب العمل أن يثبت هذه الحاجة تحت تقدير القضاء آخذين فى الاعتبار وسائل الاحلال المؤقت وطبيعة وظيفة العامل.

(٦٩) التى يفترض فيها حاجة العمل للإحلال.

(٧٠) ونشير فى هذا المقام الى أظهر إتجاهات الفقه.

رأى أول أنظر: Michel Roger Op.Cit., No 37; Note 84.

وفى نفس الاتجاه د. محمد عمران - شرح قانون العمل - ١٩٧٠ ص ٤٥٣.

د. محمد لبيب شنب - قانون العمل اللبنانى ٦٩ ص ٣٣٨، ٣٤١ - ٣٣٤، شرح قانون العمل - ط ٣ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية - ص ٤٥٠ - ٤٥١.

حيث يسوى بين الاعتقال والحبس الاحتياطى. والحبس القضائى نتيجة حكم إدانة ويميز فى الحكم بحسب ما إذا كانت هذه المدة قصيرة فيكون الحكم هو وقف العقد وبين ما إذا كان طويل المدة فيكون الحكم هو الانهاء.

رأى ثان: أنظر د. محمد عماد البربرى - رسالة آثار انتهاء عقد العمل - ١٩٨١ - ص ٥٦ حيث يعتبر الحبس القضائى دائما سبب لفسخ العقد من جانب رب العمل.

بينما يميز فى حالة الحبس الاحتياطى والاعتقال بحسب مدتهما. فإذا كان طويل المدة كان سببا للفسخ من جاب رب العمل.

وإن كان قصير المدة كان سببا لوقف العقد.

=

إذا استبعدنا من نطاق بحثنا الجرائم التى لا تعد بذاتها مثارا للمسئولية التأديبية، فإننا نحصر بحثنا لدراسة الآثار السلبية للإجرام(٧١) – على الحياة المهنية – فيما يعد بذاته مثارا للمسئولية التأديبية من خلال التنظيم القانونى الوارد فى المادتين ٦١، ٦٧ عمل (١٣٧/١٩٨١).

وعلى إعتبار أن الآثار السلبية التى تصادف الحياة المهنية فى هذا المقام مردها، ما ثبت نسبته للعامل من جريمة تخل بحسب طبيعتها او دلالتها بالثقة فى العامل أو يتعارض إرتكابها مع مقتضيات حسن سير العمل بالمشروع، فإن أول ما نوجه إليه إهتمامنا هو توصيف هذه الجريمة التى يصح فى حال ثبوتها الاستناد إليها كمبرر مشروع لإنهاء أو فسخ عقد

= رأى ثالث: د. فتحى عبد الصبور – الوسيط فى قانون العمل – ١٩٨٥ ص ٨٣٥ حيث يعتبر الحبس الاحتياطى دائماً عقبة مؤقتة وبالتالى سببا لوقف العقد أما الاعتقال فإنه إذا كان قصير المدة فكذلك يعد سببا للوقف. بينما اذا كان طويل المدة فيكون سببا للإنفساخ.

رأى رابع: د. إسماعيل غانم – قانون العمل – ص ٤٢٧ يعتبر الحبس الطويل المدة (القضائى) سببا للانفساخ بينما الحبس القصير المدة (القضائى) سببا للوقف.

(٧١) فضلنا إصلاح الإجرام على اصطلاح الجريمة، لإتساع مفهوم الإجرام فى نطاق قانون العمل عنه فى نطاق القانون الجنائى. إذ بينما تنحصر الآثار السلبية فى نطاق القانون الجنائى على صدور الحكم النهائى بالادانة فى جريمة معينة، على إعتبار أنه فيما سبق من مراحل يعتبر المتهم بريئا اعمالا لقرينة البراءة.

فإنه فى نطاق قانون العمل نصادف الآثار السلبية إبتداء من مرحلة الإتهام أو برغم عدم تقديمه للمحاكمة (حفظ – قرار بالأوجه) بل برغم الحكم بالبراءة.

ثم إننا تعمدنا عدم إدراج لفظ العامل "ضمن عنوان البحث، على إعتبار أن الآثار السلبية للإجرام كما قد تصيب العامل بإنهاء عقده قد تعرقل طالب العمل فى بحثه عن العمل.

العمل(٧٢) أو لرفض التعاقد معه فى ضوء م ٦١، م ٦٧ عمل وهو ما نجعله محلا للباب الأول لبحثنا:

الجريمة الموصوفة كمبرر للإنهاء أو الفسخ:

ثم إنه على إعتبار أن هذه الآثار السلبية قد تهدد الحياة المهنية وتعترضها قبل صدور الحكم الجنائى النهائى. سواء فور إكتشاف صاحب العمل للجريمة وقبل الابلاغ عنها أو اثناء التحقيق فيها وقبل إتخاذ سلطة الاتهام لقرارها أو برغم قرارها بعدم تقديم العامل للمحاكمة أو بعد تقديمه للمحاكمة وقبل صدور الحكم النهائى.

هذه الآثار السلبية قد تقتصر على مجرد توقيع جزاء تأديبى على العامل(٧٣)، أو قد تتمثل فى أن يقدم العامل استقالته تحت تهديد الابلاغ عنه

(٧٢) ذلك أنه من المعلوم أن سلطة إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة، متاحة دائما لأى من طرفيه بإرادته المنفردة سواء استند فى ذلك لمبرر مشروع أو تخلف المبرر الذى يستند إليه.

(٧٣) وفى الغالب يظل هذا الجزاء التأديبى بعيدا عن رقابة القضاء سواء لأن العامل يتجنب عرض الأمر على القضاء، تلافيا من أن يوضع فى مركز المدعى المكلف بعبء اثبات انحراف صاحب العمل فى مباشرة سلطته التأديبية عن الغاية التى أعترف له بها - حفظ النظام فى المشروع - إلى تحقيق بواعث غير مشروعة أو منقطعة الصلة بالمشروع.

سواء لوجود اتجاه فى القضاء إلى أنه حيث لا يثبت إنحراف صاحب العمل، فإنه ليس للمحاكم أن تحل تقديرها محل تقدير صاحب العمل فى مباشرة سلطته التأديبية، بإعتباره المسئول عن إدارة مشروعة والحكم الوحيد فيما ينصلح به النظام داخله. - أنظر عرض هذا الرأى وفى د. محمود جمال الدين زكى - قانون العمل - ط ٣ - ١٩٨٣ - ص ١٦٤ - ١٦٧.

أنظر مع ذلك آراء أخرى فى الرقابة القضائية اللاحقة على تناسب الجزاء مع المخالفة - رأى: يميز بين حالة عدم وجود لائحة جزاءات: حيث تخضع ممارسة صاحب العمل لسلطته التأديبية للرقابة القضائية، حتى لا يكون عدم

=

دون أن يعتبر هذا التهديد إكراها معيبا للإرادة(٧٤). ثم إن هذه الآثار السلبية قد تتمثل فى إنهاء عقده وهو ما نحصر فى إطاره بحثنا.

وهو ما يثير التساؤل عن دلالة وحجية قرارات سلطة التحقيق سواء بعدم التقديم للمحاكمة سواء بالتقديم للمحاكمة فى ضوء م ٦٧ عمل وأحكام قانون الإجراءات الجنائية وسلطة رب العمل إزاء ذلك.

= وضع لائحة جزاءات وسيلة لتهرب صاحب العمل من الضوابط الشرعية الواردة فى القرارات الوزارية ولمبدأ العدالة.

بينما فى حالة وجود لائحة جزاءات وحيث يأتى الجزاء مطابقا للائحة، فإن القاضى يفقد سلطته الرقابية. لأن اللائحة قبل نفاذها تخضع لرقابة ادارية مسبقة (مديرية القوى العاملة والتدريب). أنظر د. حسام الدين الأهوانى - شرح قانون العمل - ٨٢/٨١ ص ٢٦٠) د. محمود جمال الدين زكى - مرجع سابق - ص ١٦٧ فيما يذهب رأى آخر إلى قيام الرقابة القضائية حتى فى حالة وجود لائحة جزاءات حيث تتضمن اللائحة تقرير الجزاء فى صورة حد أدنى وحد اقصى. وبالتالى فإختيار صاحب العمل لجزاء يعلو على الحد الأدنى يخضع لتقدير القضاء. أنظر د. اسماعيل غانم - قانون العمل - ٦٢/٦١ ص ٢٩٤.

- من جانبنا: نؤيد الاتجاه الذى يرى الرقابة القضائية على تناسب الجزاء، دون ما تمييز بين وجود لائحة جزاءات أو عدم وجودها ذلك أن الرقابة الادارية السابقة هى رقابة مشروعية وليست رقابة مناسبة. كذلك دون تمييز بين ما إذا كان الجزاء الذى تضمنته لائحة الجزاءات مرنا أم جامدا. على أساس أن مبدأى العدالة. وعدم التعسف فى استعمال الحق يجب أن يهيمنا على ممارسة السلطة التأديبية. أنظر فى هذا د. محمد لبيب شنب - قانون العمل - ط ٣ - ص ٢٧٥ والأحكام المؤيدة المشار اليها فى ص ٢٧٩.

وكذا د. فتحى عبد الصبور - الوسيط فى قانون العمل - سنة ١٩٨٥ - ص ٦٩١ والأحكام المشار اليها فى هامش ٣ فى ذات الصفحة - د. فتحى المرصفاوى - عقد العمل - سنة ١٩٧٣ - ص ٢٨٣ - ٢٩٤ والأحكام المؤيدة - د. محمد عبد الخالق عمر - قانون العمل الليبى - ١٩٧٠ ص ٢٧٦ - ٢٧٨؛ د. عبد الودود يحيى - شرح قانون العمل - ط ٢ - ١٩٨٧ صص ٢٢٥ - ٢٢٦، د. حسن كيرة - أصول قانون العمل - ط ٣ - ص ٣٧٥ - د. محمد عمران - شرح قانون العمل - ١٩٧٠ ص ١٩٦.

(٧٤) V. Soc. 4 mai 1960 Bull Civ. IV P. 343.

كما تثير التساؤل عن قرينة البراءة ونطاقها كما يثير التساؤل عن مشروعية الإنهاء بغير انتظار الحكم النهائى بالادانة سواء صدر الحكم الجنائى بعد الإنهاء وقبل رفع دعوى مشروعية الفصل أو أثناء نظرها(٧٥) أو فى النهاية بعد الفصل فيها بحكم نهائى.

وهو ما نعرض اليه من خلال الباب الثانى الذى نخصصه لدراسة:

- سلطة رب العمل قبل صدور الحكم الجنائى النهائى.

ثم ان هذه الأثار السلبية قد تصادف العامل بعد صدور الحكم الجنائى النهائى سواء صدر بالادانة حيث يثار التساؤل عن دلالة الادانة والوسائل المتاحة لرب العمل للتحلل من العقد استنادا لهذه الادانة. وأثر رد الأعتبار فى رفع وصمة الادانة(٧٦). سواء صدر بالبراءة - الذى قد يلقى العامل فى إنتظاره عنت ومشقه لا يرفعهما صدروه(٧٧). وهو ما يثير دلالته وحجيته فى ضوء م ٤٥٦ أ.ج وم ٦٧ عمل كما يثير صلة الخطأ الجنائى بالخطأ المدنى ونطاق قرينة البراءة ومدى امتدادها للمجال الجزائى عموما.

---

(٧٥) وهو ما يثير التساؤل عما إذا كان قاضئ دعوى مشروعية الفصل مكلف بوقف نظر الدعوى لحين صدور الحكم الجنائى النهائى، أى يثير نطاق تبيعة الدعوى المدنية للدعوى الجنائية م ٢٦٥ أ.ج مصرى.

(٧٦) ورد عن غندر قال أبنأنا معمر قال أنبأنا ابن شهاب عن أبى ادريس الخولانى قال سمعت عبادة بن الصامت قال بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رهط فقال "أبايعكم على أن لا تشركو بالله شيئا ولا تسرقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا ببهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم ولا تعصونى فى معروف فمن وفى منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئا فعوقب فهو طهوره ومن ستره الله فذاك الى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له" سنن النسائى - المجلد الرابع - ص ١٤٨ - جـ ٧ - ١٩٨٧ - دار الجيل - بيروت - لبنان.

(٧٧) أنظر قضية الإختلاسات بشركة المحاريث والهندسة التى ترجع لعام ١٩٧٢ - إلى أن صدر الحكم ببراءة جميع المتهمين فى ٩٣/٣ ورد فى أسباب الحكم "إن المحكمة أهتز وجدانها لما أصاب المتهمين طوال هذه السنوات من مشقة وعناء".

وهو ما نخصص له الباب الثالث من الدراسة:-

- سلطة رب العمل بعد صدور الحكم الجنائى النهائى.

وبالتالى تكون خطة دراستنا خلال هذا البحث كما يلى:-

الباب الاول: الجريمة الموصوفة كمبرر للانهاء أو الفسخ.

الباب الثانى: سلطة رب العمل قبل صدور الحكم الجنائى النهائى.

الباب الثالث: سلطة رب العمل بعد صدور الحكم الجنائى النهائى.

البـاب الأول
الجريمـة الموصوفـة كمبرر للإنهـاء أو الفسـخ

على إعتبار أن قانون العمل أقام من الحكم النهائي بالإدانـة - فـى الجرائم الموصوفة بالنص - قرينـة قانونية على الخطأ التأديبى فـى حق العامل [م ٦١ - م ٦٧ عمل]، فإننا نتبنى فى تحليل هذه النوعية من الخطأ التأديبى نفس خطـة المشرع.

الأمر الذى يدعونا لتخصيص الفصل الأول لدراسة:

- أوصاف الحكم ودلالتـه

ثم نتوفر فى الفصل الثانى على دراسـة :

- أوصاف الجريمـة المخلة بالثقـة

الفصل الأول
أوصاف الحكم ودلالته

بإستعراض نص م ٧/٦١ وم ٦٧ عمل يتضح أن المشرع جعل صدور الحكم الجنائى النهائى بالادانة - فى الجرائم الموصوفة بالنص - قرينة قاطعة على حقيقة المبرر من حيث وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها ووصفها القانونى.

وهذا ما يدعونا فى تحليل أوصاف الحكم الجنائى النهائى بإعتباره أساس القرينة على حقيقة المبرر إلى دراسة:

مبحث أول : الحكم الجنائى النهائى أساس للقرينة على حقيقة المبرر.

مبحث ثانى: دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة على ثبوت الخطأ التأديبى.

مبحث أول
الحكم الجنائى النهائى أساس للقرينة على حقيقة المبرر

يعنينا فى هذا المقام أن نتتبع تطور قانون العمل المصرى والتشريعات العربية فى إشتراط النهائية كأساس للقرينة ثم نوضح المقصود بها وتقدير إشتراطها.

وبالتالى نعرض لهذا المبحث من خلال:

مطلب أول : إشتراط نهائية الحكم

مطلب ثانى : المقصود بالنهائية وتقدير إشتراطها

مطلب أول
إشتراط نهائية الحكم

لم يكن قانون العمل المصرى رقم ١٩٤٤/٤١ يشترط أن يكون الحكم الجنائى نهائيا.

ومن التشريعات العربية التي لم تصرح بتطلب ثبوت الجريمة المنسوبة للعامل – والموصوفة بالنص كمبرر مشروع بحكم نهائي، نجد قانون العمل السعودى[٧٨] الذى نص فى م ٨٣ منه على أنه "لا يجوز لصاحب العمل فسخ العقد دون مكافأة أو سبق إعلام العامل أو تعويضه الا فى الحالات الآتية ومن بينها الفقرة الثالثة "إذا ثبت إتباعه سلوكا سيئا أوارتكابه عملا مخلا بالشرف أو الأمانة".

وكذا قانون العمل اليمنى حيث نص فى م ٥٠/ز "إذا حكم على العامل فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة"[٧٩].

---

(٧٨) نظام العمل والعمال. مرسوم ملكى رقم م/٢١ فى ١٣٨٩/٩/٦ هـ وفى نفس المعنى م ٧/٩٤ من قانون العاملين المدنيين بالدولة وم ٧/٩٦ من قانون العاملين بالقطاع العام. مع ذلك فالفقه على تفسير هذه النصوص بما يتطلب نهائية الحكم. أنظر د. زكى محمد النجار – اسباب انتهاء الخدمة للعاملين بالحكومة والقطاع العام – دار الفكر العربى ١٩٨٧ ص ١٣٠؛ د. خميس السيد اسماعيل – موسوعة المحاكمات التأديبية أمام مجلس الدولة – الكتاب الأول ص ٣٠٩؛ الفتوى رقم ٩٤٦ فى ٦٠/٢/١ ملف ٧٠٣/١/٧ مشار إليها فى المرجع السابق. "م ٧٧ من القانون ٦٤/٤٦ إذ قضت بإنتهاء خدمة العامل بسبب الحكم عليه بعقوبة جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، افترضت أن هذا الحكم نهائى واجب التنفيذ حتى ينتج أثره فى هذا الصدد. ومن ثم فإن الحكم الجنائى الصادر ضد السيد/ .... باعتباره حكما غير نهائى لا يترتب عليه إنتهاء خدمته طبقا م ٧٧ ولو أدانه فى جريمة مخلة بالشرف".

(٧٩) مع ذلك فإن الفقه يفسر النص على أنه يتطلب نهائيا لحكم حتى لا يكون هناك إحتمال لتبرئة العامل فى الوقت الذى تكون حياته المهنية قد انتهت إستنادا للحكم غير النهائى.

=

وكذا قانون العمل اللبناني الذى نص فى م ٦/٧٤ "إذا حكم على الأجير بالحبس سنة فأكثر لإرتكابه جناية، أو إذا ارتكب جنحة فى محل العمل وأثناء القيام به وإذا حكم على الأجير لأجل الأفعال المنصوص والمعاقب عليها فى م ٣٤٤ ع"[٨٠].

وكذا قانون العمل الكويتى حيث ورد فى م ٤/٥٥ أنه "إذا حكم على العامل فى جريمة ماسة بالشرف والأمانة أو الأخلاق"[٨١].

ثم كان وأن اشترط المرسوم بقانون ١٩٥٢/٣١٧ بمصير نهائية الحكم (م ٨/٤٠)[٨٢] وهو ما استمر إشتراطه فى قانون العمل الموحد رقم ١٩٥٩/٩١ (م ٨/٧٦) وكذا م ٧/٦١ من قانون العمل الحالى رقم ٨١/١٣٧ بنصها على أنه "إذا حكم على العامل نهائيا فى .....".

= أنظر د. محمد عبد القادر الحاج - قانون العمل اليمنى - ١٩٨٥ ص ١٦٨.

(٨٠) مع ذلك فالفقه على تفسير النص بأنه يتطلب نهائية الحكم، على إعتبار أنه مما توجبه القواعد العامة للأحكام لإكتسابها وصف القطعية، دون حاجة لتطلبها بالنص الصريح.
أنظر د. محمد لبيب شنب - قانون العمل اللبنانى - ١٩٦٩ ص ٢١٢؛ الاستاذ إسكندر صقر - المجموعة العمالية. قانون العمل اللبنانى. مكتبة لبنان. بيروت ص ٢٤.

(٨١) د. محمود جمال الدين زكى - قانون العمل الكويتى - ١٩٧٢ ص ٢١١.

(٨٢) وهو ما نجده فى القانون المقارن: قانون العمل العراقى م ٣٤ من القانون ١٩٧٤/١٥١ - (ط) "إذا حكم على العامل نهائيا بجنحة أو جناية مخلة بالشرف".
أنظر د. عزيز ابراهيم - شرح قانون العمل العراقى الجديد - جـ ١ تنظيم علاقات العمل الفردية مطبعة الجامعة - بغداد - ١٩٧٥ - ص ١٢٦.
- قانون العمل الليبى: م ٨/٥١ "إذا حكم على العامل نهائيا فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة".
د. فتحى المرصفاوى - عقد العمل - ١٩٧٣ - ص ٤٢٠ - ٤٢٩.

وهو ما يفترض صدوره عن جهة قضائية بالمعنى الصحيح. ويدخل في مفهوم الأحكام القضائية الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة غير أنها لا تكون نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية. أما الأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية والمجالس العسكرية، فإن الرأى الغالب يرى أنها محاكم قضائية ولأحكامها قوة الأحكام الصادرة من المحاكم العادية وقد أقرت محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا هذا الاتجاه، كما أفتت به الجمعية العمومية للتقوى والتشريع بمجلس الدولة بمناسبة تطبيق ما ورد فى قانون العاملين المدنيين بالدولة(٨٣).

فكأن دلالة الحكم الجنائى بالادانة أو بالبراءة على إثبات أو نفى حقيقة المبرر(٨٤) – بحسب الأحوال – وفقا للقرينة القانونية المقررة بنص م ٦١ وم ٦٧ عمل لا محل لها إلا حيث تثبت الصفة النهائية للحكم الجنائى.

بل لا يقبل من صاحب العمل اثبات حقيقة المبرر وفقا للقواعد العامة فى الإثبات حيث تتعاصر دعوى مشروعية الفصل مع الدعوى العمومية بل يتعين على المحكمة المدنية أن توقف الفصل فى دعوى مشروعية الفصل إلى حين صدور الحكم الجنائى النهائى بالإدانة أو إلى حين فوات ميعاد الطعن فى الحكم الإبتدائى. بمعنى أن مجرد رفع الدعوى العمومية قبل رفع الدعوى المدنية – مشروعية الفصل – أو اثناء سيرها – وقبل صدور

---

(٨٣) أنظر د. خميس السيد اسماعيل – المرجع السابق – ص ٣٠٦، الاستاذ أحمد شوقى المليجى – المرجع السابق، ص ٤٧٧. – ونحيل فى شأن أثر الحكم الجنائى الأجنبى فى الجريمة الواقعة داخل البلاد أو خارجها للقواعد العامة فى قوة الشئ المحكوم به للحكم الأجنبى – م ٤ ع – أنظر د. خميس اسماعيل ص ٣٠٥؛ د. محمود نجيب حسنى – قانون العقوبات – ط ٥ – ص ١٤٨.

(٨٤) ونقصد بذلك ثبوت المبرر والتحقق الفعلى للفعل المنسوب للعامل وتحقق نسبته إليه ووصفه القانونى.

الحكم النهائى فيها - يلزم المحكمة المدنية بوقف الفصل فيها إلى حين صدور الحكم النهائى فى الدعوى العمومية ولا يكفى لإعادة السير فيها صدور الحكم الأبتدائى.

وهو ما يتأسس على ما يلى:

- العلة فى استناد قرينة حقيقة المبرر على الحكم الجنائى النهائى بالادانة دون غيره، يبررها ما لحجية الحكم الجنائى من إحترام ودلالة قاطعة قبل الكافة وهى الثابتة للحكم الجنائى البات دون الابتدائى (م ٤٥٦ اجراءات جنائية)[٨٥].

- مقتضى م ٢٦٥ اجراءات جنائية وقف الفصل فى الدعوى المدنية إلى حين الفصل فى الدعوى العمومية المعاصرة لها (مرفوعة قبلها أو اثنائها) بحكم نهائى وليس بمجرد حكم ابتدائى[٨٦].

---

(٨٥) أنظر. د. مامون سلامة - قانون الاجراءات الجنائية - ١٩٨٠ - دار الفكر العربى - ص ١٢٢٨ - أن يكون الحكم الجنائى حائزا لقوة الشئ المقضى به أى أن يكون باتا. فإذا لم يكن كذلك بأن كان قابلا للطعن بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض فلا تكون له هذه الحجية لإحتمال الغائه عند الطعن فيه، د. أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - ص ٢٦٨، نقض ١٩٧٠/٤/٢١ - س ٢١ - ٦٦٢ الطعن ٥٦ سنة ٣٦ ق مشار إليه فى د. معوض عبد التواب - قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه بأحكام النقض من ١٩٣١ إلى ١٩٨٧ - ط ٨٧. منشأة المعارف ص ١٠٨٥.
أحكام نقض مشار اليها فى عز الدين الديناصورى وحامد عكاز - المرجع السابق - ص ٤٧٧؛ نقض ٧٨/١/١٤ س ٢٩ ص ١٧٦؛ نقض ٧٣/٥/٢٧ س ٢٤ ص ٦٥٣؛ مع ذلك هناك من الأحكام ما اكتفت فى اثبات الحجية بنهائية الحكم، مشار إليها فى المرجع السابق ص ٤٧٧؛ ٤٨٣ نقض ٦٦/٤/٢٨ م.م. ف س ١٧ ص ٩٤٩؛ نقض ٤٧/١٠/٢٧ م. القواعد فى ٢٥ سنة ص١١٨٥ ؛ ٧؛ ١٩٧٦/٣/٣٠ س ٢٧ ص ٨٠٤ - نقض ٧٢/٤/٤ س ٢٣ ص ٦٣٥.

(٨٦) الطعن ١٥ لسنة ٣٧ ق جلسة ٧٢/١٢/٣٠ فى السيد خلف محمد - مجموعة مبادئ أحكام النقض (٧٠ - ٧٥) ص ٤٦٨ بند ١٧٨٧ "الحكم الجنائى يقيد القضاء المدنى فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، إلا أن هذه الحجية

=

– والأمر لابد أن يكون متماثلا فى حال الحكم بالبراءة، بحيث لا يجوز الاستناد إليه لنفى حقيقة المبرر فى دعوى مشروعية الفصل إلا إذا ثبت له وصف النهائية(٨٧). على إعتبار أن القرينة التى أقامتها م ٦٧ عمل على انتفاء حقيقة المبرر فى حال الحكم بالبراءة إنما تتأسس على ما للحكم الجنائى من حجية أمام القضاء المدنى وهو ما لا يثبت إلا للحكم البات دون الحكم الابتدائى ولو لم يرد ذكر ذلك صراحة فى م ٦٧ عمل.

أضف إلى أنه لا يوجد ما يبرر التمييز فى الحكم بين الحكم الجنائى بالادانة والحكم بالبراءة وهذا هو مقتضى القياس لإتحاد العلة. ثم ان مقتضى التفسير الصحيح هو إستصحاب "اشتراط النهائية" المنصوص عليه صراحة فى خصوص الادانة بمناسبة الحكم بالبراءة طالما لم يوجد ما يدل على خلافه . أضف إلى أن النصوص يفسر بعضها بعضا فى الكشف عن إرادة المشرع ولا يجوز الوقوف عند حرفية نص م ٦٧ فى عدم إشتراط نهائية حكم البراءة(٨٨).

= لا تثبت إلا للأحكام النهائية الفاصلة في موضوع الدعوى الجنائية ....": الطعن ١٠٩٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ٨٦/٤/٢٧ فى عصمت الهوارى حـ ٧ ص ١٣٧ قاعدة ٤٩٧؛ أنظر د. محمد عمران – شرح قانون العمل ١٩٧٠ ص ١٧٩ وفى نفس الموضع محكمة القاهرة الابتدائية دائرة ٢٠ فى القضية ٥٥/١٩٥٤ عمال كلى فى ٦٥/٢/٢٧؛ د. محمد عبد الخالق عمر – قانون العمل الليبى – ١٩٧٠ ص ٣٨٢ علما بأن صياغة الليبى – مطابقة للمصرى؛ د. محمد عبد القادر الحاج – قانون العمل اليمنى – ١٩٨٥ ص ١٦٨؛ د. فتحى المرصفاوى – عقد العمل – ١٩٧٣ – ص ٤٣٠؛ د. محمود جمال الدين زكى – قانون العمل الكويتى – ١٩٧٢.

(٨٧) والى حين ذلك تظل هذه الدعوى موقوفة ولا يجوز لها أن تستأنف السير فيها فور صدور الحكم الابتدائى بالبراءة.

(٨٨) د. ادوار غالى الذهبى – المرجع السابق – ص ١٦٨ – ١٧٠ وتطبيقا لذلك قضى "بأن حكم محكمة أول درجة ببراءة العامل وعدم استئناف النيابة العامة له خلال ٣٠ يوما من صدوره، يجعل الحكم نهائيا وحائزا لقوة الشئ المحكوم به، ويجب =

- مع ذلك فإن بعضا من الفقه ميز بين حكم الادانة وحكم البراءة.

فالبعض: يرى أن نص م ٦٧ عمل لم يشترط نهائية حكم البراءة، وبالتالي ليس لصاحب العمل الامتناع عن إعادة العامل إلى عمله بعد أن قضت محكمة أول درجة ببراءته.

إلا أن هذا الرأى نفسه يري أنه يكون لصاحب العمل فى حالة الحكم من محكمة الدرجة الثانية بإلغاء حكم البراءة وإدانة العامل أن يفسخ العقد أو ينهيه وفقا للقواعد العامة فى فسخ العقد أو انهائه(٨٩).

بينما البعض الآخر: يرى أنه بينما يشترط لقيام القرينة على إنتفاء حقيقة مبرر الإنهاء - الواردة فى م ٦٧ عمل - أن يكون حكم البراءة نهائيا. على اعتبار أن الحكم الإبتدائى - بالبراءة - لا يحدد موقف العامل فيما ينسب إليه علي وجه نهائى، إذ قد يدان العامل استئنافيا بعد ذلك فى الجريمة المنسوبة إليه.

على العكس فإنه إذا صدر الحكم الابتدائى بالإدانة فإنه يكون مبررا كافيا لإنهاء العقد غير المحدد المدة، ولا ينقلب الفصل تعسفيا لمجرد صدور الحكم الاستئنافى بعد ذلك بالبراءة(٩٠).

= حينئذ إعادة العامل إلى عمله وإلا اعتبر عدم إعادته فصلا تعسفيا (م ٣٠ - م ٣٩ قانون عقد العمل الفردى).
مشار إليه فى المرجع السابق ص ١٧٢.

(٨٩) د. فتحى عبد الصبور - الوسيط فى قانون العمل - ١٩٨٥ - ص ٨١٣؛ حكم مؤيد لهذا الاتجاه: محكمة ميت غمر الجزئية ١٩٥٤/٩/١٢ مشار إليه فى إدوار غالى الذهبى - المرجع السابق - ص ١٧٢ هامش (٢).

(٩٠) د. محمد لبيب شنب - قانون العمل - ص ٤٩١؛ د. عبد الودود يحيى - شرح قانون العمل - ١٩٨٧ ص ٣٥٧؛ أنظر استئناف القاهرة حيث ألغت حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٤/١١/٢ مشار إليه فى ذات الموضع هامش ٢ "إذا أدين العامل إبتدائيا"، كان من حق رب العمل أن يفصله طالما أن العقد غير محدد =

من جانبنـا: لا نرى مبررا للتفرقـة بين الحكـم بـالبراءة وبالإدانـة وكلاهما لدينا يشترط أن تكون له الصفة النهـائية حتى تترتب عليه دلالـة نفي أو اثبات حقيقـة مبرر الإنهاء على سبيل القرينـة التشريعيـة استنـادا لما سبق وأن أبديناه من حجج.

مطلب ثانى

المقصود بالنهائية وتقدير اشتراطها

يعتبر الحكم نهـائيا حيث لا يكـون قـابلا للطعـن فيه بطـرق الطعـن العـادية أى بالمعـارضة أو الاستئناف ولو كـان قابـلا للطعـن فيـه بطـرق الطعن غير العـادية (النقـض وإلتمـاس إعـادة النظر)[٩١].

وهو ما يتحقق إما لأنه صدر نهـائيا كمـا هو شأن الأحـكام الحضوريـة الصادرة فى الجنايات التـى تصدر بحسب قواعد الاختصاص من محكمـة الاستئناف – م ٣٦٦ إجراءات جنائيـة – وبالتالى لا يجوز الطعن عليها إلا بالنقـض أو إلتمـاس إعـادة النظـر (م ٣٨١/٤ إجراءات).

= المدة، فإذا ما قضى استئنافيا ببراءته فإن ذلك لا يجعل الفصل تعسفيا، إذ لا يمكن القول بأن حكم البراءة دليل على أن هذا الفسخ قد وقع تعسفيا بلا مبرر.

(٩١) أنظر د. على عوض حسن – الوجيز فى شرح قـانون العـمل – ١٩٨٢ ص ٣٤٤؛ د. محمد لبيب شنب – قانون العمل – ط ٣ – ص ٢٥٦، د. أحمد خليفة البيومى – رسالته فى سياسة الإستخدام واستقرار العمل فى قانون العمل المصرى – جامعة عين شمس ص ٣٣٢، د. محمد عمران – شرح قانون العمل – ١٩٧٠ – ص ١٧٩.

ويثور التساؤل عما إذا كان الحكم الغيابى الصادر فى جناية يعد بمثابة حكما نهائيا وبالتالى يحوز حجية الشئ المحكوم فيه أمام القضاء المدنى؟

إعمالا لنص م ٣٩٤ أ.ج[٩٢] فإنه بسقوط العقوبة المحكوم بها - بمضى المدة - يصبح الحكم الغيابى الصادر من محكمة الجنايات فى جناية نهائيا وبالتالى حائزا لحجية الشئ المحكوم فيه أمام القضاء المدنى.

وكذا لو صدر الحكم غيابيا ببراءة المتهم، إذ يعتبر الحكم نهائيا، فلا يبطل ولا تعاد محاكمة المتهم عند حضوره، وتخرج الدعوى نهائيا من يد محكمة الجنايات، ولا يكون هذا الحكم قابلا للطعن إلا بطريق النقض من النيابة العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المسئول عنها (إذا قضى ضده بشئ رغم الحكم بالبراءة). أما إذا فاتت مواعيد الطعن فى هذا الحكم فإنه يصبح نهائيا حائزا للحجية أمام القضاء المدنى[٩٣].

---

(٩٢) م ٣٨٤ أ.ح اذا صدر أمر بإحالة متهم بجناية الى محكمة الجنايات ولم يحضر يوم الجلسة بعد اعلانه قانونا بأمر الاحالة وورقة التكليف بالحضور يكون للمحكمة أن تحكم فى غيبته، ويجوز لها أن تؤجل الدعوى وتأمر بإعادة تكليفه بالحضور م ٣٨٧ أ. ح - أ ٣٨٨ أ.ج.

ومن المعلوم أن الحكم الغيابى فى الجناية يبطل ويعاد النظر فى الدعوى إذا حضر المحكوم عليه من غيبته أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة بمضى المدة - م ٣٩٥ اجراءات جنائية - لذلك قضت محكمة القضاء الادارى فى القضية ٢/٤١٤ ق جلسة ٧٢/٦/٢١ مشار اليه فى د. خميس السيد اسماعيل - المرجع السابق - الكتاب الثانى - ص ٨٦ "الحكم الغيابى الصادر من محكمة الجنايات بإدانة المتهم فى جناية لا يعدو أن يكون حكما تهديديا مؤقتا لا يصح الاستناد إليه فى تطبيق حكم م ٧/٧٧ من القانون ٦٤/٤٦". وتستطيع المحكمة تجنبا لغياب المتهم مرة أخرى أن تأمر بحبسه على ذمة القضية، حتى يصدر الحكم فى مواجهته حضوريا. (م ٣٩٤ لا يسقط الحكم الصادر غيابيا من محكمة الجنايات فى جناية بمضى المدة، وإنما تسقط العقوبة المحكوم بها ويصبح الحكم نهائيا بسقوطها".

(٩٣) د. ادوار غالى الذهبى - حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى - دار النهضة العربية ١٩٨١ - ص ١٨٢ وما بعدها.

أما الحكم الغيابى قبل أن تسقط العقوبة المقضى بها بمضى المدة، فإنه لا يكون نهائيا لكونه مهددا بالزوال أو التغيير بمجرد حضور المتهم أو القبض عليه ومحاكمته من جديد. وبالتالى يكون الحكم الغيابى فى جناية فى هذه المرحلة حكما تهديديا أو مؤقتا غير حائزا للحجية أمام القضاء المدنى(٩٤).

ويعتبر الحكم نهائيا لفوات مواعيد الطعن عليه أو لرفض الطعن إن كان صادرا فى جنحة(٩٥).

---

(٩٤) أنظر م ٣٩٥ أ.ج وأنظر د. إدوار غالى – المرجع السابق – ص ١٨٦. والراجح أن الحكم الغيابى الصادر فىجناية يضع حدا لوقف السير فى الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء المدنى، والتى أوقفت حتى يتم الفصل نهائيا فى الدعوى العمومية (م ٢٦٥ أ.ج، والقول بغير ذلك يؤدى إلى أن الدعوى المدنية قد تظل موقوفة مدة عشرين سنة واحيانا لمدة ثلاثين سنة إذا كانت العقوبة بالاعدام وهو ما لا يمكن أن يكون قد قصد إليه المشرع.
وبطبيعة الحال فإن البراءة المحتمل صدورها فى حالة إعادة محاكمة المحكوم عليه الصادر عليه حكما غيابيا بالادانة لا تقيد الحكم النهائى الصادر سابقا عليه فى الدعوى المدنية والتى استأنف السير فيها بعد الحكم الغيابى فى الدعوى العمومية والذى صدر دون أن يأخذ فى اعتباره هذا الحكم الجنائى الغيابى لأنه ليس حائزا للحجية. وتأسيس ذلك أن القاضى المدنى عندما أصدر حكمه فى الدعوى المدنية لم يكن مقيدا بالحكم الجنائى. أرجع ادوار غالى ص ١٨٧.

(٩٥) ومن الجدير بالذكر أن الحكم الغيابى فى الجنحة لا يعتبر حكما نهائيا وبالتالى لا تقوم عليه القرينة القاطعة بحقيقة المبرر، حتى ينقضى ميعاد المعارضة الذى يبدأ من تاريخ اعلان الحكم أو حيث تتم فيه المعارضة الذى يبدأ من تاريخ اعلان الحكم أو حيث تتم فيه المعارضة ويفصل فيه بحكم نهائى. والحكمة من هذا أن الحكم الغيابى صدر بناء على أقوال الخصم دون أن يتمكن المحكوم عليه غيابيا من ابداء أوجه دفاعه. ومعلوم أن العلم بالحكم يثبت قاطعا بإعلان الحكم لشخص المحكوم عليه فيما تقوم قرينة غير قاطعة على علمه به فى حالة تسليمه الاعلان فى موطنه لمن يصح التسليم إليه (م ٣٩٨ اجراءات).
أنظر د. أحمد فتحى سرور – الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية – دار النهضة العربية ١٩٨٠ دار النهضة العربية ص ١١٤٢. ولقد قضى بأن "الحكم الغيابى لا يعتبر أكثر من اجراء من اجراءات التحقيق. فإذا مضى عليه أكثر من

وبالتالى فإنه وفقا لقانون العمل المصرى فإن القرينة على حقيقة الخطأ التأديبى – المبرر للإنهاء أو الفسخ – لا تقوم بمجرد ارتكاب العامل لإحدى الجرائم الموصوفة أو بمجرد الاتهام أو تقديمه للمحاكمة أو حتى إذا حكم عليه طالما لم يصدر الحكم النهائى بعد[٩٦].

– الحكمة من تطلب نهائية الحكم لقيام القرينة القانونية على حقيقة المبرر هى ما يتمتع به الحكم النهائى، من صفة قطعية، تنقضى به الدعوى الجنائية بحيث لا يجوز الرجوع إليها بعد الحكم فيها نهائيا أو بعد صيرورته نهائيا، باستنفاذ طرق الطعن، بناء على ظهور أدلة جديدة أو بناء على تغيير الوصف القانونى للجريمة على عكس الحال فى حالة

= ثلاث سنين بغير أن ينفذ أو يصبح حكما نهائيا فقد سقط بذلك الحق فى إقامة الدعوى العمومية قبل المتهم. طعن ٨٧٦٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٢/٦/٨.
أرجع مراجع الفقه فى قانون الاجراءات الجنائية فى شأن متى يعتبر الحكم حضوريا أو غيابيا: د. حسن صادق المرصفاوى: المرصفاوى فى أصول الاجراءات الجنائية – منشأة المعارف – ط ١٩٨٢ – ص ٦١٦، د. أحمد فتحى سرور – الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية – دار النهضة العربية ١٩٨٠؛ المواد: ٢٣٨ – ٢٣٩ – ٢٤٢ أ.ج. علما بأن نظام الحضور الاعتبارى يقتصر تطبيقه على الاجراءات أمام المحكمة الجزئية، فلا يسرى بالنسبة إلى الجنايات، فيؤخذ به فى خصوص الجنح التى تنظرها هذه المحكمة (م ٣٩٧ أ.ج) أنظر المرصفاوى – المرجع السابق – ص ٦٢٨.

(٩٦) هذا لا يمنع صاحب العمل من مباشرة سلطته التأديبية بفصل العامل بغير انتظار لصدور الحكم النهائى بالإدانة. وإذا صدر الحكم النهائى فى دعوى مشروعية الفصل قبل رفع الدعوى العمومية فإن إثبات حقيقة المبرر تتم وفقا للقواعد العامة. أنظر لاحقا سلطة رب العمل إزاء الجريمة الموصوفة قبل صدور الحكم النهائى

الحكم غير النهائي(٩٧) بإعتباره محتمل الإلغاء وبالتالي لا معنى لإلتزام القضاء المدني به في هذه المرحلة.

بل إننا نرى أنه من الأنسب على مستوى السياسة التشريعية تعديل النص بحيث يتطلب لقيام القرينة القانونية على حقيقة المبرر - ثبوت وقوع الجريمة ونسبتها إلى العامل ووصفها القانوني - صدور حكم جنائي بات وليس على مجرد صدور حكم نهائي(٩٨).

ونستند في رأينا هذا إلى الحجج الآتية:

١ - الحكم الجنائي النهائي مهدد بدوره بالإلغاء عند الطعن فيه بالطرق غير العادية ولا يستقر أمره إلا بفوات ميعاد الطعن فيه أو برفض الطعن بعد إذ طعن فيه.

٢ - تجنب المشاكل العملية الناجمة عن فصل العامل استنادا للحكم الجنائي النهائي بالإدانة في حالة الغائه لاحقا بحكم بات يصدر بالبراءة.

ذلك أنه حيث لا يكون قد صدر حكم نهائي في دعوى مشروعية الفصل، فإن حق العامل في التعويض عن الفصل التعسفي يرتبط بما للحكم الجنائي البات من حجية. وهو ما يتحقق حيث لا يرفع العامل المفصول دعوى التعويض عن الفصل التعسفي إلى حين صدور الحكم البات أو رفع

---

(٩٧) م ٤٥٤ - أ ٤٥٥ اجراءات جنائية، د. محمد لبيب شنب - قانون العمل اللبناني - ١٩٦٩ - ص ٢١٢؛ د. سليمان مرقس - أصول الاثبات واجراءاته - جـ ٢ - ط ٤ - ١٩٨٦ ص ٢٦٣.

(٩٨) د. زكي محمد النجار الذي أبدى نفس وجهة النظر في التعليق على م ٧/٩٤ من قانون العاملين المدنيين بالدولة وم ٧/٩٦ في قانون العاملين بالقطاع العام - المرجع السابق - ص ٣١.

دعواه إلا أنه لم يكن قد فصل فيها بحكم نهائى إلى حين رفع الدعوى العمومية أو إلى حين صدور الحكم البات.

على العكس فإن وضع العامل يستقر ولا يحوز المساس به إذا صدر حكم نهائى فى دعوى مشروعية الفصل قبل رفع الدعوى العمومية(٩٩). ذلك ما لم يتمكن العامل من الطعن فى الحكم المدنى النهائى الصادر برفض طلبه بالتعويض على أساس إلتماس إعادة النظر وفقا لقواعد قانون المرافعات (م ٢/٢٤١ – ٣). وذلك اذا تبين من الحكم الجنائى الحائز للحجية – اللاحق فى صدوره للحكم المدنى – تزوير الأوراق أو زور الشهادة التى بنى عليها الحكم المدنى الصادر فى دعوى مشروعية الفصل(١٠٠).

(٩٩) لخروج الدعوى عن ولاية المحكمة بصدور الحكم النهائى فيها، وبطبيعة الحال فإنه لا ينعى على الحكم المدنى مخالفة حجية الشئ المحكوم به للحكم الجنائى الصادر لاحقا له، لأنه عند صدوره لم يكن ثمة دعوى عمومية. أنظر م ١٠١ قانون الاثبات – ٢٦٥ اجراءات جنائية. نقض ٤٥/١/١١ مجموعة عمر – ٤ – ص ٥٢٥؛ عز الدين الديناصورى. التعليق على قانون الاثبات – ط ٤ – ١٩٨٩. ص ٤٨٣ بند ٤٥ ص ٤٨٨ بند ٢٨؛ بند ١٥٣؛ د. مأمون سلامة – قانون الاجراءات الجنائية – ط ١٩٨٠ – دار الفكر العربى ص ١٢٢٩ بند ٤؛
J. Savatier "le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination penale" Dr. soc. 91 P. 622.

(١٠٠) أما مجرد صدور الحكم الجنائى البات لاحقا بالبراءة أو بالادانة بما يخالف إتجاه الحكم المدنى النهائى فى تقدير مشروعية الفصل فإنه لا يبرر الطعن فيه بإلتماس إعادة النظر على أساس من م ٤/٢٤١ مرافعات وينطبق عليه السابق الإشارة اليه من خروج دعوى مشروعية، الفصل عن ولاية المحكمة المدنية بما صدر منها فى خصوصها من حكم نهائى قبل صدور الحكم الجنائى البات فى الدعوى العمومية المتعلقة بذات الفعل المكون للأساس المشترك للدعويين.
أنظر د. ادوار غالى الذهبى – حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى – دار النهضة العربية ط ٢ – ١٩٨١ ص ١٩٩ – ٢٠٠.

٣ - الغرض من وضع قرينة على حقيقة المبرر فى شأن الجريمة المنسوبة للعامل هو تأسيسها[١٠١] على أساس ثابت متين وهو ما يتحقق بصدور الحكم البات الحائز وحده للحجية[١٠٢] (م ٤٥٦ اجراءات).

لذلك فإن الانسجام بين قانون الاجراءات الجنائية وقانون العمل يقتضى توحيد الحكم بإشتراط بتات الحكم الجنائى (٤٥٦ اجراءات) حتى يترتب عليه قرينة حقيقة المبرر بثبوت الجريمة ونسبتها إلى فاعلها ووصفها القانونى وقد يكون هذا كله أو بعضه ما دعى المشرع فى قانون قطاع الأعمال العام رقم ٩١/٢٠٣ الى تطلب فى م ٤/٤٥ الاستناد "لحكم بات بعقوبة ..."[١٠٣].

---

(١٠١) وليس فى هذا حرمان لصاحب العمل من حريته فى الانهاء، التى يظل متحفظا بها فى جميع المراحل السابقة على صدور الحكم البات. بل أنه يستطيع اثبات حقيقة المبرر - فى دعوى مشروعية الفصل الصادر فيها الحكم النهائى قبل رفع الدعوى العمومية - بجميع طرق الاثبات وفقا للقواعد العامة فى الاثبات. أما الاستناد فى دعوى مشروعية الفصل على قرينة حقيقة المبرر المستفادة من الحكم الجنائى - حيث تتعاصر الدعويين - فهذه هى ما نقترح أن تتأسس على الحكم البات وليس على الحكم الجنائى النهائى.

(١٠٢) لأن الحكم البات هو الحكم المستقر الذى لا يوجد إحتمال لإلغائه أو تعديله وبالتالى فهو الوحيد الذى يجب أن توفر له الحجية والاحترام الكاملين - نقض ٧٠/٦/٨؛ نقض ٧٠/٤/٢١ مشار اليها فى د. سلميان مرقس "اصول الاثبات واجراءاته - جـ ٢ - ط ٤ - ٨٦ ص ٢٧٢ - ٢٧٣؛ نقض ٧٣/١٢/٣ مشار اليها فى د. أحمند أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الاثبات - ط ٢ - ١٩٨١ - ص ٢٦٨؛ د. أحمد هبة - د. جلال ناصف - موسوعة مبادئ النقض فى الإثبات فى أربعين عاما ط ١ - ١٩٧٨ ص ١٩١، اشتركت صياغة هذه الأحكام على أن قوة الأمر المقضى لا تكون إلا للأحكام النهائية بعد صيرورتها باتة لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف أو بالنقض أو لاستنفاذ طرق الطعن فيه أو لفوات مواعيده، متى توافرت شرائطها الأخرى.

(١٠٣) جريدة رسمية ع ٢٤ مكرر فى ٩١/٦/١٩ ص ٣.

غلما بأن طرق الطغن غير العادية التى لا تبدأ مواعيدها إلا من تاريخ حدوث وقائع أو ظهور أمور معينة فى أى وقت كإلتماس اعادة النظر لا ينفى عن الحكم

مبحث ثانى
دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة
على ثبوت الخطأ التأديبى

التعرف على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة فى إثبات حقيقة المبرر [تحقق وقوع الجريمة. ونسبتها إلى العامل ووصفها القانونى] يقتضى من ناحية:

دراسة مقتضى دلالة الحكم الجنائى بالادانة.

من ناحية أخرى:

دراسة العوارض غير المؤثرة على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة.

من ناحية ثالثة:

دراسة العوارض المؤثرة على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالإدانة.

= الجنائى القابل لها صفة البتات ولا تمنع من ثبوت الحجية له فى الدعاوى المدنية الناشئة عن الواقعة ذاتها التى قضى فى شأنها ذلك الحكم.
أنظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق - حـ ٢ ص ٢٧٣ هامش ٢٨٦.

مطلب أول

مقتضى دلالة الحكم الجنائى النهائى بالإدانة

معلوم أن الإنهاء المشروع يستند لمبرر يدعمه ويقوم به - هذا المبرر المشروع لابد أن يكون من ناحية: جديا أى له وصف الخطأ التأديبى - إذا كان إنهاء تأديبيا - وعلى درجة من الجسامة تتناسب مع جزاء الفصل.

ومن ناحية أخرى: حقيقيا أى ثابتا تحققه بالفعل وثابتا نسبته إلى العامل.

فأما جدية المبرر فإنه فى خصوص الجرائم الموصوفة بنص م ٦١/٤ م ٦٧ عمل، فإن إثبات وصف الخطأ التأديبى لها وجسامتها المبررة للفصل يستند للنص التشريعى نفسه الذى أقام القرينة على ذلك ولا يستند للحكم الجنائى النهائى.

ذلك أنه خروجا على الأصل المقرر من أنه على صاحب العمل أن يستظهر وجه الخطأ التأديبى من الفعل المنسوب للعامل، بمعنى إستظهار وجه إختلال الثقة فى العامل أو إختلال حسن سير العمل فى المشروع وسمعته نتيجة لفعله أو إصطدامه مع متطلبات وظيفته وهو ما يتم تحت نظر وتقدير القضاء فى مباشرته لدوره فى تكييف الخطأ التأديبى وتحديد درجة جسامته موازنة بين ما يقدمه صاحب العمل من مبررات مع ما يقدمه العامل من تفنيد لها(١٠٤).

---

(١٠٤) طعن ٥٦/٢٥٤٦ ق جلسة ٨٧/٦/٢٢ والطعن ٥١/٢١٢٠ ق جلسة ٨٧/٦/٢٢ فى عصمت الهوارى جـ ٧ ص ١٤٠ - ١٤١ القاعدتين ٤٩٩ ، ١٠٠ "لئن كان =

وخروجا على الأصل من أنه لا تلازم من الوجهين بين ما هو جريمة وبين ما هو مسئولية تأديبية مبررة لإنهاء عقد العمل[١٠٥].

خروجا على هذا الأصل من جانبيه فإن ما ورد بالمادتين ٦١، ٦٧ عمل من توصيف للجريمة[١٠٦] تمثيلا للخطأ التأديبى - بالاضافة لباقى فقرات م ٦١ - يقطع فى شأنها بوصف الخطأ التأديبى ودرجته المبررة للفصل بحيث لا يطالب صاحب العمل بإستظهار الخطأ التأديبى فى هذه الجريمة - الموصوفة - المنسوبة للعامل كما لا يقبل من العامل نفى الخطأ التأديبى عن فعله، بما يسلب فى شأنها - وفى هذه الحدود - القضاء سلطته التقديرية فى تكييف الخطأ التأديبى وتحديد درجته.

وبالتالى فإن إثبات جدية المبرر، يقوم على القرينة القانونية القاطعة المستفادة من النص التشريعى وليس استنادا لما للحكم الجنائى بالادانة من حجية. دليل ذلك أن الحكم بالادانة فى غير هذه الجرائم الموصوفة بالنص (م ٦١، م ٦٧ عمل) لا يثبت للجريمة الصادر فى شأنها الحكم بالادانة

= تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بإنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه، هو من المسائل التى يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، إلا أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع".

(١٠٥) فقد يثبت للفعل وصف الجريمة دون أن يكون له وصف الخطأ التأديبى المبرر للانهاء والعكس بالعكس.

(١٠٦) أما فيما عدا ذلك من حالات الجريمة التى تخرج عن الوصف المحدد بالنص فينطبق الأصل السابق بوجهيه.

وصف الخطأ التأديبى والذى يتم إثباته عندئذ وفقا للأصل المقرر فى إثبات جدية المبرر(١٠٧).

كما أنه ليس هناك ما يمنع صاحب العمل. فى شأن الجرائم الموصوفة بالنص والمفترض إعتبارها مبررا جديا - أن يفصل العامل بغير إنتظار الحكم الجنائى بالادانة الحائز للحجية. وإذا حدث أن رفعت دعوى مشروعية الفصل وصدر الحكم النهائى فيها قبل رفع الدعوى العمومية، فإن جدية مبرر الفصل تكون مؤسسة على القرينة التشريعية بالنص دونما سلطة تقديرية للقضاء وكل ما يتكلفه صاحب العمل هو إثبات حقيقة المبرر - وفقا للقواعد العامة فى الاثبات(١٠٨) - تحقق الفعل وتحقق بنسبته للعامل ووصفه القانونى - لأن الحكم الجنائى الحائز للحجية لم يصدر بعد.

- أما حقيقة المبرر: ونقصد بذلك ثبوت تحققه من الناحية الفعلية وثبوت نسبته للعامل ووصفه القانونى كجريمة موصوفة، فهذا هو ما يستفاد من الحكم الجنائى النهائى بالادانة سواء فى الجريمة المرصوفة أو فى غيرها. بحيث يكفى صاحب العمل فى إثبات حقيقة المبرر الإستدلال

---

(١٠٧) بل لو افترضنا أن الحكم الجنائى بالادانة فى جريمة من غير الجرائم الموصوفة، أثبت لها وصف الخطأ التأديبى. فإنه لا يكون لهذا القضاء حجية الشئ المحكوم به أمام القضاء المدنى، لأنه قضاء غير لازم للفصل فى الدعوى الجنائية. وبالتالى يظل للقضاء المدنى سلطته التقديرية فى تكييف الفعل الثابت بالحكم الجنائى. بمعنى أن الحكم بالادانة فى غير الجرائم الموصوفة يستدل منه فقط بطريقة قاطعة على حقيقة المبرر دون جديته.

(١٠٨) طعن ١٩٣٢/ ٥١ ق جلسة ٨٢/٥/٣ فى عصمت الهوارى حـ ٥ ص ١٢٠٨ "على الطرف الذى ينهى العقد أن يفصح عن الأسباب التى أدت به إلى هذا الانهاء، فإذا لم يذكرها قامت قرينة لصالح الطرف الآخر على أن إنهاء العقد قد وقع بلا مبرر.

بصدور الحكم النهائى بالادانة ولا يقبل من العامل فى نفى تحقق الفعل أو نفى نسبته له أو مناقشة وصفه القانونى(١٠٩) رغم حكم الادانة الصادر فى مواجهته. بحيث يمتنع عليه مناقشة ما أثبته الحكم الجنائى فى جانب الركن المادى أو الركن المعنوى للجريمة بإعتبارهما ضروريان لقيام الحكم الجنائى.

هذه الدلالة مستفادة من صريح نص م ٦١ عمل التى أقامت قرينة قاطعة على حقيقة المبرر فى حالة صدور الحكم النهائى بالإدانة وكذا من مقتضى حجية الحكم الجنائى(١١٠) (م ٤٥٦ – ٢٦٥ إجراءات جنائية) التى

---

(١٠٩) أهمية مناقشة الوصف القانونى الثابت للجريمة بحكم الادانة، تظهر فى أنه إذا ثبت للفعل وصف احدى الجرائم الواردة بالمادة ٦١/٧ عمل وم ٦٧ قامت قرينة جدية المبرر دونما سلطة تقديرية للقاضى – بينما إذا أثبت حكم الادانة للفعل وصف جريمة من غير الجرائم الموصوفة بنص م ٦١ إلى ٦٧ عمل كان إثبات المبرر رهن بثبوت الخطأ التأديبى وتقدير درجته وهو ما يخضع للسلطة التقديرية للقضاء، ليس فى مناقشة الوصف القانونى للجريمة الثابت بحكم الادانة لأن اثبات هذا الوصف بالحكم الجنائى يتمتع بالحجية، لكن فى مناقشة، وصفه كخطأ تأديبى ودرجة جسامته لخروجه عن حالات التمثيل للخطأ التأديبى بالنص التشريعى لقانون العمل. بل إن تطرق الحكم الجنائى بالادانة إلى إثبات وصف الخطأ التأديبى لفعل المحكوم عليه إضافة إلى تكييفها جنائيا على النحو الذى انتهى إليه يعتبر تزيدا ولا يحوز الحجية أمام القاضى المدنى لأن إثبات وصف الخطأ التأديبى ليس ضروريا للحكم بالادانة على ما بينا فيما سبق.

(١١٠) طعن ٢٨/٢٢١ ق جلسة ٦٣/٥/٣ مشار إليه فى أحمد سمير أبو شادى – مجموعة مبادئ أحكام النقض ٦١ – ٦٦ – ص ٩١٢ قاعدة ١٥٢٧؛ الطعن ٣٦/٤٤ ق جلسة ٧٢/٢/٢٦ فى السيد خلف محمد – مجموعة مبادئ أحكام النقض ٧٠ – ٧٥ – ص ٤٦٨.

بند ١٧٨٦ "مفاد م ٤٥٦ إجراءات جنائية أن الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية تكون له حجية فى الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية، وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله، فإذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور فإنه يمتنع على المحكمة أن تعيد =

تعتبر أساس هذه القرينة وبالتالي يرتبط نطاقها - قرينة حقيقة المبرر - بالحدود التي يثبت فيها للجنائي الحجية أمام المدني.

وفي تأكيد أن الحكم بالادانة يقتضي بالضرورة وجود الفعل الاجرامي ونسبته إلى المتهم وبالتالي يحوز الحجية في هذا الشأن أمام المدني، قضى بأن "الحكم الجنائي الصادر بالادانة يدل دلالة لا تقبل نفيا على أن الفعل المسند للمتهم قد وقع فعلا، وأن نسبته اليه صحيحة، وأنه يكون جريمة معاقبا عليها، ولا يملك القاضي المدني مناقشة ذلك الحكم من ناحية من تلك النواحي طالما أن ما تعرض له الحكم كان بحثه لازما لزوما مباشرا لاصداره (١١١).

- كذلك يحوز الحجية أمام القضاء المدني ما أنتهى اليه الحكم الجنائي في خصوص الوصف الجنائي للواقعة المطروحة أمامه، فإذا حكم بالادانة في جريمة خيانة أمانة فلا يصح للمحكمة المدنية أن تعيد تكييف الواقعة.

واذا انتهت المحكمة الجنائية أن الواقعة جريمة تامة فلا يصح للمحكمة المدنية أن تعتبرها شروعا بمعنى أنه ليس للمحكمة المدنية أن تعدل من وصف الفعل عما انتهت اليه المحكمة الجنائية سواء بنفي وصف

= بحثها، ويتعين عليها أن تعتبرها وتلتزمها في بحث الحقوق المدنية المتصلة بها لكي لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائي السابق لها".
أنظر د. عبد الودود يحيى - الموجز في قانون الاثبات - دار النهضة العربية - ١٩٨٨ ص ١٧٧؛ د. سليمان مرقس - أصول الاثبات واجراءاته - ط ٤ - حـ ٢ ص ٢٨٦ - ٢٨٨.

(١١١) محكمة الدرب الأحمر ٥٦/٦/٣٠ في الدعوى رقم ١٨٤٥ لسنة ١٩٥٣ مدني حكم غير منشور مشار اليه في د. ادوار غالي الذهبي - المرجع السابق - ص ٢٤٥ - نقض ٣٩/١/١٢ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة حـ ١ بند ٣٥١ ص ٧٥.

الجريمة عنه سواء بتغيير وصفها الجنائى - ويلاحظ أن التكييف الجنائى الذى يقيد المحكمة المدنية هو ما كان لازما لقيام الحكم الجنائى. أما إذا استطردت المحكمة الجنائية الى تكييف مسألة لم تكن لازمة لحمل قضائها، فلا يتقيد القاضى المدنى بهذا التكييف[١١٢]. كما هو الحال فى شأن التزيد فى تكييف الجريمة بأنها مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة باعتبار أن هذا الوصف لا يمثل ركنا من أركانها اللازم تحريه لصدور الحكم الجنائى.

ويتحدد نطاق حجية الحكم الجنائى بالنسبة لما تطرق إليه من تحديد لمكان الجريمة أو زمانها أو شخصية المجنى عليه بما يعده القانون ضروريا فى التكييف الجنائى للجريمة أو فى مقدار العقوبة المقررة لها أما فى غير ذلك فيعتبر بيانا غير ضرورى وبالتالى لا يحوز الحجية. وهو ما قد تظهر أهميته فى نطاق قانون العمل الذى يعتد بمكان الجريمة كمؤشر لتحديد الخطأ التأديبى كما هو الحال فى التمييز بين الجنح المرتكبة داخل أو خارج دائرة العمل أو بزمان ارتكابها حيث يختلف الأثر القانونى بحسب زمان ارتكابها (قبل أو بعد ابرام عقد العمل) كما يرتب أثرا مختلفا بحسب

(١١٢) من المقرر قانونا أن الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية لا يكتسب حجية الشئ المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية إلا بالنسبة لما يقتضى الفصل فى تلك الدعوى بيانه فيه متى كان موضوع الدعوى المدنية هو ذات الفعل الذى تناوله الحكم الجنائى، فإذا تجاوز الحكم الجنائى نطاق الفعل المؤثم وتناول بالبحث أمورا لا يستلزمها الفصل فى الدعوى الجنائية فإن قضاءه فى هذه الأمور لا يلزم القاضى المدنى. استئناف القاهرة ٦١/١٢/١٩ المجموعة الرسمية س ٦٠ رقم ٣٤ ص ٢٤٦ مشار اليه فى ادوار غالى ص ٢٤٦، نقض جنائى ٧٤/٥/١٣ مجموعة النقض س ٢٥ رقم ١٠٠ ص ٤٧٠ - نقض مدنى ١٩٦٨/٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ١٩ رقم ٥٨ ص ٤٦٨.

شخصية المجنى عليه فى الجريمة (م ٦١/٩ عمل)(١١٣). والأمر نفسه فى شأن ما يرد بالحكم الجنائى بشأن رابطة السببية فإنه يقيد القاضى المدنى حيث لا يستطيع أن يناقش رابطة السببية - المثبتة جنائيا - بين فعل المتهم والنتيجة الضارة، إلا أن هذا لا يمنعه من البحث فيما إذا كانت النتيجة الضارة قد أسهم شخص آخر بفعله مع المتهم فى احداثها دون أن يكون فى ذلك اخلال بالحجية(١١٤).

---

(١١٣) أنظر ادوار غالى الذهبى - المرجع السابق ص ٢٥٢ - فمثلا نجد أن الأصل أن شخصيه المجنى عليه فى جرائم الأشخاص لا تعد ضرورية لقيام الحكم الجنائى سواء فى تكييف الجريمة أو العقوبة وفى هذه الحدود لا يكون تحديد شخصية المجنى عليه فى هذه الجرائم ملزما للقاضى المدنى. لكن قد يعول القانون على شخصية المجنى عليه فى تكييف الجريمة أو فى تحديد العقوبة وفى هذه الحدود يكون تحديه بيانا ضروريا للخكم الجنائى وبالتالى جائزا للحجية. من قبيل ذلك أن جريمة القتل العمد تعتبر جناية دائما بحسب الأصل بغض النظر عن شخصية المجنى عليه (م ٢٣ ع). مع ذلك فإنها تعتبر جنحة فى حالة ما إذا كان المجنى عليه زوجة المتهم وتم قتلها حال تلبسها بالزنا (م ٢٣٧ ع).
- أنظر أيضا تأثير شخصية المجنى عليه فى تحديد العقوبة فى جريمة الخطف م ٢٨٨ ع. وفى جريمة القذف فى حق موظف عام م ٣٠٣ ع.
- الأمر نفسه فى شأن جرائم الأموال. وأنظر خروجا على الأصل حيث يعتد بشخصية المجنى عليه فى تكييف الجريمة أو فى مقدار العقوبة: جريمة السرقة م ٣١٨ ع - م ٣١٦ مكرر ع، م ٣١٧/٧ ع م ٣١٧/٩ ع، م ٣١٢ ع.
والمعيار نفسه يجد تطبيقه فى بيان الحكم الجنائى لمدى الضرر أنظر أدوار غالى الذهبى ص ٢٥٦ وما بعدها.

(١١٤) وهو ما يمكن أن يتصور فى نطاق علاقات العمل حيث يشمل قرار الفصل العامل الصادر ضده حكم بالادانة اضافة إلى عامل آخر لم يشمله حكم الادانة الذى لا يستطيع فى نفى حقيقة المبرر عنه الاستناد إلى اقتصار الحكم بالادانة على ادانة زميله.
"خطأ المدعى عليه الأول ثابت فى الحكم الجنائى الصادر ضده فيكون هذا الحكم بما قرره من وقوع الفعل الخاطئ من المدعى عليه الأول قد حاز قوة الشئ المقضى أمام المحكمة المدنية طبقا للمادة ٤٥٦ ا.ج. إنما هذا لا يمنع المحكمة المدنية من بحث ما إذا كان الحادث قد وقع نتيجة خطأ المدعى عليه الأول أم نشأ عن خطأ مشترك جمع بينهما - ذلك أن هذا البحث لا يخل بقاعدة حجية الشئ المقضى للحكم الجنائى" محكمة الدرب الأحمر ٢٢ ٥٩/٣ - الدعوى ٨٧١ سنة ٥٨ مدنى فى ادوار غالى الذهبى ص ٢٦٦ ، نضيف لذات المبدأ فإن ما يتطرق اليه
=

= الحكم الجنائى اضافة لادانة المتهم من استبعاد السبب الأجنبى بتقرير أن المتهم دون غيره هو المتسبب فى وقوع الجريمة وبالتأكيد على نفى خطأ الغير أو خطأ المجنى عليه لا يحوز الحجية لأنه لا يشترط لادانة المتهم أن يكون هو المتسبب وحده فى وقوع الضرر وإنما يكفى لادانة المتهم أن يكون قد أسهم فى احداث الضرر وبالتالى يجوز للمحكمة المدنية - دون مخالفة لمقتضى الحجية - أن تقرر أن الغير قد أسهم فى وقوع الضرر. وفى نطاق علاقات العمل أن عاملا آخر غير من شمله الادانة شارك فى النتيجة الضارة. د. أدوار غالى ص ٢٦٨.

لذلك قضى بأن استبعاد الحكم الجنائى مساهمة المجنى عليه فى الخطأ أو تقريره مساهمته فيه يعتبر من الأمور الثانوية بالنسبة للحكم بالادانة. فهذه المساهمة من عدمها لا تؤثر على الادانة لكنها تؤثر على مقدار العقوبة والقاضى الجنائى غير ملزم ببيان الأسباب التى من أجلها أختار العقوبة التى حكم بها.

- الأمر نفسه فيما يثبته الحكم الجنائى من وجود السبب الأجنبى كأن يذكر أن المجنى عليه أو الغير قد أسهم بفعله مع المتهم فى احداث الجريمة. فإن ما جاء فى الحكم الجنائى بشأن السبب الأجنبى يعتبر أمرا ثانويا وبالتالى لا يحوز الحجية أمام القضاء المدنى لأن السبب الأجنبى فى هذه الحالة لا يؤثر الا على مقدار العقوبة: فالقاضى المدنى يستطيع أن يؤكد دائما على غير ما جاء فى الحكم الجنائى - أن المتهم هو المتسبب الوحيد فى احداث الجريمة. لذلك فإن صاحب العمل لا يستطيع استنادا لحجية الحكم الجنائى أن يفصل من اعتبره الحكم الجنائى بالبراءة بمثابة السبب الأجنبى لوقوع الجريمة فى معرض تبرئة المتهم (نقض ٧٨/٥/٢٩ س ٢٩ ص ١٣٥٩ فى حامد عكاز وعز الدين الديناصورى - المرجع السابق - ص ٤٩٧ بند ٦٣ لما كان خلو الأوراق من دليل قاطع على وجود خطأ من أيهما كاف لحمل البراءة فإن ما تزيد فيه من تقرير سبب الحادث وأنه كان وليد القوة القاهرة يكون غير لازم للفصل فى الدعوى ولا يكتسب حجية أمام المحكمة المدنية".

ذلك حيث لا يكتفى الحكم بالبراءة بنفى رابطة السببية بين المتهم والجريمة بل يسندها لسبب أجنبى يحدده فى خطأ الغير أو خطأ المجنى عليه أو السبب الأجنبى. والعكس بالعكس فيما ينفيه الحكم الجنائى من وجود السبب الأجنبى. فالراجح هنا أن الحكم بالبراءة فيما أثبته من قيام السبب الأجنبى لا يحوز الحجية لأن اثبات السبب الأجنبى ليس ضروريا لبراءة المتهم والتى تكفى لتأسيسها اثبات عدم قيام الخطأ فى حق المتهم. وبالتالى لا تقوم قرينة على مشروعية الانهاء فى هذه الحالة استناد لحجية الحكم الجنائى بالبراءة المثبت للسبب الأجنبى، بل يتعين على صاحب العمر الذى فصله أن يقيم الدليل على حقيقة المبرر وجديته فى حقه وهو ما يتم تقديره من القاضى المدنى إستقلالا عن حجية الحكم الجنائى. أنظر إدوار غالى ص ٢٠٦ ٢٧٦

وعلى مستوى الركن المعنوى فان الحكم بالادانة يفيد بالضرورة أن المتهم كان وقت ارتكاب الفعل أهلا للمسئولية الجنائية، ومن ثم فلا يجوز للقاضى المدنى أن يقرر أن المتهم كان وقت ارتكاب الجريمة مجنونا أو فى حالة غيبوبة أو صغيرا غير مميز.

كما أن الحكم الصادر بالادانة يفيد أن المتهم قد اتجهت إرادته على نحو مخالف للقانون سواء فى صورة القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى.

ويحوز الحكم بالادانة الحجية فى شأن ما يثبته عن طبيعة الخطأ طالما كان تحديده ضروريا فى التكييف القانونى للجريمة أو فى تحديد مقدار العقوبة.

وعلى العكس فإنه حيث لا يكون لتحديد طبيعة الخطأ اهمية فى تغيير الوصف القانونى للجريمة ولا فى مقدار العقوبة، فإن القاضى المدنى لا يلتزم بما يقرره الحكم الجنائى بشأن طبيعة هذا الخطأ. فمثلا إذا قرر الحكم الجنائى أن الخطأ المنسوب الى المتهم فى جريمة الحريق بإهمال يعد خطأ جسيما، فلا يلتزم القاضى المدنى بهذا الوصف، بل يجوز له أن يعتبره خطأ جديا لم يبلغ درجة الخطأ الجسيم.

وهو ما قد يكون له أثره فى نطاق علاقات العمل حيث يتبنى قانون العمل فكرة تدرج الخطأ التأديبى (يسير. جدى. جسيم). ومن قبيل تأثير وصف الخطأ على تكييف الجريمة أن ينتهى الحكم الجنائى بالادانة إلى

اعتبار الوصف جناية قتل عمد أو حريق عمد أو بالعكس جنحة قتل خطأ فلابد من التزام المدنى بهذا أو ذاك.

وفى نطاق تحديد طبيعة الخطأ بمناسبة تقدير العقوبة ما جاء فى م ٢٣٠ ع، ٢٣٤ ع، فى شأن جرائم القتل وم ٢٤١ ع فى شأن جرائم الضرب. وفى تبنى هذا الاتجاه قضت محكمة القاهرة الابتدائية بهيئة استئنافية بأن "بيان جسامة الخطأ فى الحكم جنائى يقيد القاضى المدنى إذا كانت هذه الجسامة ضرورية لقيام الحكم الجنائى بأن كان وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر فى وصف الجريمة ذاتها، ولا يقيد الحكم الجنائى القاضى المدنى إذا وصف الخطأ بأنه جسيم أو يسير لأن هذا ليس من شأنه أن يؤثر فى الحكم الجنائى، وإن أثر فى تقدير العقوبة، ولأن الحكم الجنائى حجة فقط فى وقوع الجريمة ممن نسبت إليه ولا يتعدى إلى ما كان بحثه ليس لازما لزوما مباشرا للحكم فى الدعوى العمومية بالادانة أو بالبراءة"(١١٥).

---

(١١٥) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٣/٣٠ فى الاستئنافين رقمى ١٩٦١ سنة ١٩٥٦ و١٣٣٣ سنة ١٩٥٧ غير منشور مشار إليه فى ادوار غالى ص ٢٧٩.

والرأى فى شأن ما تقرره المحكمة الجنائية بشأن وجود الظروف المخففة أنه يعتبر بيانا ثانويا بالنسبة للحكم الجنائى[١١٦] ولا يقيد المحكمة المدنية التى تستطيع أن تقرر أن المتهم لا يشفع له أى ظرف مخفف على الرغم مما قررته المحكمة الجنائية بشأن وجود هذا الظرف. وهو ما قد يكون له أثره فى شأن الحكم بالادانة فى خارج الجرائم الموصوفة؛ إذ قد تثبت أو تنفى المحكمة المدنية لظرف ما وصف الظرف المخفف والمؤثر على درجة الخطأ المستفاد من سلوك العامل الجانى بغير مخالفة للحجية.

على العكس فإن الأعذار المخففة والمؤثرة فى العقوبة المقررة قانونا للجريمة يعتبر اثبات وجودها فى حكم الادانة بيانا ضروريا لقيام الحكم الجنائى وبالتالى يحوز الحجية (م ٢٣٧ ع - ٢٠٤ ع) والأمر نفسه فى خصوص الظروف المشددة التى تؤثر سواء على تكييف الجريمة(م ٣١٤ ع - م ٣٦٩ ع) أو على مقدار العقوبة المقرر قانونا (٢٣٠ ع - ٢٣٣ ع - م ٣١٧ ع) حيث تعتبر بيانا ضروريا للحكم الجنائى وبالتالى ملزما على النحو الذى جاءت به للقاضى المدنى[١/١١٦].

(١١٦) لأن الظروف المخففةمتروك تقديرها للمحكمة وهى حرة فى تطبيق م ١٧ ع أو عدم تطبيقها حسبما تمليه عليها عقيدتها بتوافر الظروف أو تخلفها. كما أنها غير ملزمة ببيان موجبات الرأفة التى دعتها إلى تخفيض العقوبة طالما أنها داخلة فى الحدود التى رسمها القانون بل لا يتعين عليها الاشارة لاستخدامها م ١٧ ع فيما قررته من عقوبة.

(١/١١٦) أنظر ادوار غالى الذهبى ص ٢٨٦.

مطلب ثانى
العوارض غير المؤثرة على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالإدانة

نبرز فى هذا المقام ما قد يعرض للحكم النهائى بالإدانة سواء فى صورة: وقف تنفيذ للعقوبة.

- أو إنقضاء الالتزام بتنفيذها سواء للعفو عنها سواء لتقادمها. ثم نعرض لأثر عدم ظهور الحكم الجنائى النهائى بالإدانة فى صحيفة الحالة الجنائية للمحكوم عليه، باعتباره السابقة الأولى له، على الخطأ التأديبي في حق العامل.

وسننتهى إلى أن جميع هذه العوارض غير مؤثرة على دلالة الحكم النهائي بالادانة على الخطأ التأديبى.

أولا : أثر وقف تنفيذ العقوبة على دلالة الحكم النهائى بالإدانة:

على ما قدمنا تقوم القرينة القانونية على ثبوت الخطأ التأديبى فى حق العامل بمجرد صدور الحكم النهائى بالإدانة فى إحدى الجرائم الموصوفة بالنص (م ٧/٦١ – م٦٧ عمل) بغض النظر عن نوع العقوبة المقضى بها.

يثور التساؤل عن أثر إقتران الحكم النهائى بالإدانة بوقف تنفيذ العقوبة – الذى قد يكون قاصرا على العقوبة الأصلية أو شاملا بالاضافة لذلك للعقوبات التبعية ولجميع الآثار الجنائية، على دلالة هذا الحكم على الخطأ التأديبى خلال مدة وقف التنفيذ(١١٧).

(١١٧) م ٥٥ – م ٥٦ اجراءات جنائية.

على خلاف قانون العاملين المدنيين بالدولة(١١٨) ٧٨/٤٧ (م ٧/٩٤) – م ٧/٩٦ من قانون العاملين بالقطاع العام – الذى استبعد دلالة الحكم الجنائى بالادانة على الخطأ التأديبى كسبب لإنتهاء الخدمة فى حالة اقتران الحكم بوقف التنفيذ سواء أقتصر على العقوبة الأصلية أو جاء شاملا لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية، ولقانون شركات قطاع الأعمال العام – ٩١/٢٠٣ م ٤/٤٥ – الذى رتب نفس الأثر فى حالة إقتران الحكم بوقف التنفيذ الشامل، فلقد خلى قانون العمل من نص مقابل.

---

(١١٨) ومؤداه أنه لا يجوز إنهاء خدمة العامل في هذه الحالة استنادا لإدانتـه، والقرار الصادر على خلاف ذلك يكون معدوما لا أثر له.

ويعتبر هذا النص مستحدث فى القانون الحالى حيث مد الأمر بعدة مراحل:
المرحلة الأولى: حيث خلى القانون من نص يبين أثر اقتران حكم الادانة بوقف التنفيذ. [القانون ١٩٥١/٢١٠ م ٨/١٠٧). كنا نرصد فى هذه المرحلة أختلاف فى تفسير النص تمييزا بين أثر وقف تنفيذ العقوبة الأصلية حيث أجمع الفقه على أنه لا أثر له على دلالة الحكم لأن وقف التنفيذ قاصر على العقوبة الأصلية فقط دون الآثار المدنية أو الادارية للحكم، وبين أثر وقف التنفيذ الشامل للعقوبات التبعية على دلالة الحكم بالادانة حيث أختلف الفقه والقضاء إلى أكثر من إتجاه.
المرحلة الثانية: صار إنهاء خدمة العامل جوازيا للسلطة المختصة. هذا الجواز احتفظ به للآن فى خصوص التعيين فى الوظيفة العامة (م ٣/٢٠ عاملين مدنيين بالدولة).
المرحلة الثالثة: أصبح ممنوعا إنهاء خدمة العامل إستنادا للحكم بالادانة إذا ما شمل بوقف التنفيذ ولو اقتصر على العقوبة الأصلية وحدها. وفى ذلك أتفق قانون العاملين المدنيين بدولة (م ٧/٩٤) مع العاملين بالقطاع العام (٧/٩٦).
مرحلة أخيرة: ظل الأمر على ما هو عليه فى قانون العاملين المدنيين بالدولة. بينما اصبح وقف التنفيذ الشامل وحده هو المانع من الاستناد للحكم بالادانة فى احدى الجرائم الموصوفة لإنهاء خدمة العامل فى قانون شركات قطاع الأعمال العام (م ٤/٤٥).

أنظر فى ذلك د. زكى محمد النجار – المرجع السابق – ص ٤٢٢؛ د. محمود حلمى نظام العاملين المدنيين بالجهاز الادارى والقطاع العام ١٩٧٤ ط ٢ ص ٦٤، ص ٣١٤؛ د. خميس السيد إسماعيل – المرجع السابق – ص ٣١٠، المستشار أحمد شوقى المليجى – الوسيط فى التشريعات الاجتماعية – ١٩٨٤ – ص ٧٠٦ – ٧٠٧.

ذلك ولقد اختلف فقه قانون العمل فى أثر وقف تنفيذ العقوبة إلى أكثر من رأى:

فذهب البعض(١١٩): إلى أنه إذا قضى نهائيا بوقف التنفيذ فإنه يمتنع على صاحب العمل إنهاء العقد(١٢٠) طبقا لهذا النص سواء اقتصر وقف التنفيذ على العقوبة الأصلية أم امتد للعقوبات التبعية.

ذلك لأن الحكم بوقف التنفيذ ينبئ عن إقتناع القاضى بأن أخلاق العامل المتهم وماضيه أو الظروف التى أرتكب فيها الجريمة تبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود لمخالفة القانون وبالتالى من الواجب إفساح المجال أمام هذا العامل لمواصلة العمل الشريف بدلا من قطع رزقه وتعريضه لإحتمال العودة إلى الجريمة. خاصة أن الجريمة أقوى من المخالفة التأديبية وأولى بالشخص المحكوم عليه المقرر وقف تنفيذ العقوبة الجنائية الصادرة تجاهه ألا يترتب قبله أى آثار أخرى. كما أنه لا يجوز إعادة النظر فى الظروف التى دعت الحكم الجنائى الى وقف تنفيذ العقوبة.

بينما ذهب البعض الآخر(١٢١): الى أن وقف التنفيذ الشامل وحده هو الذى يمتنع معه إنهاء خدمة العامل استنادا للحكم بالادانة. وذلك قياسا على حالة الموظف الذى يمتنع عزله إذا أوقف تنفيذ الحكم الصادر ضده وكان هذا الايقاف شاملا للعقوبات التبعية ومنها العزل.

---

(١١٩) د. على عوض حسن – الوجيز فى شرح قانون العمل – ١٩٨٢ – ص ٣٤٥.
(١٢٠) يقصد أنه لا يكون إنهاء مشروعا.
(١٢١) د. كامل بدوى جـ ١ ص ٣٨٩؛ د. أحمد خليفة بيومى – المرجع السابق – ص ٣٣٥.

أساس ذلك لديهم، أن انهاء الخدمة لا يعدو أن يكون عقوبة تبعية أو أثرا من آثار الحكم الجنائى وما دامت هذه العقوبة أو هذا الأثر قد أوقف تنفيذه إيقافا شاملا فلا يجوز إنهاء خدمة العامل كأثر للحكم. وأن القول بغير ذلك فيه إهدار لحجية الحكم الجنائى الواجب إحترامها فى جميع المجالات سواء الجنائى أو الادارى أو غيرها(١٢٢). ولقد عبرت المحكمة الادارية العليا عن هذا المعنى بقضائها(١٢٣) أنه "إذا أمر الحكم الجنائى بأن يكون إيقاف تنفيذ العقوبة شاملا لجميع الآثار الجنائية أنصرف هذا الأمر الى جميع العقوبات التبعية وغيرها من الآثار الجنائية التى تترتب على الحكم المذكور سواء ورد النص عليها فى قانون العقوبات أم فى غيره من القوانين. ذلك أن طبيعتها جميعا واحدة ولو تعددت التشريعات التى تنص عليها ما دامت كلها من آثار الحكم الجنائى. وإن إنهاء خدمة الموظف بالتطبيق لحكم م ٨/١٠٧ من القانون ٥١/٢١٠ فى شأن موظفى الدولة، إذا حكم عليه فى جناية أو فى جنحة مخلة بالشرف، إن هو إلا أثر من آثار الحكم الجنائى الذى يصدر بالادانة.

---

(١٢٢) ف.ج فى ٦٥/٥/١٢ س ١٩ ص ٣٩٨ ب ١١٢ مشار إليها فى عبد الوهاب البندارى ص ٢٩٠، محمد محمود فهمى – تطور قوانين العاملين بالقطاع العام – ١٩٧٣ ص ٧١٠ والفتاوى والأحكام المشار اليها فيه: – أ.ع. فى القضية ١٠/٣٢٠ ق."الحكم الصادر من محكمة الجنايات بحبس العامل إذا نص على وقف تنفيذ العقوبة على أن يكون شاملا لجميع الآثار الجنائية المترتبة على هذا الحكم، فإن مؤدى إحترام حجية هذا الحكم هو إبقاء العامل فى وظيفته لأن انهاء الخدمة يعتبر من الآثار الجنائية التى أوقف الحكم تنفيذها"؛ ف. ج ٦٥/٥/١٣ مشار إليها فى نفس المرجع بعض أحكام المحكمة الادارية العليا فى مرحلة ثانية من قضائها: أ.ع ١٤١٢ س ٧ فى ٦٥/٤/٢٤ س ١٠ ص ١١١٣ ب ١١٠، أ.ع ٣٢٠ س ١٠ فى ٦٥/٣/٢٧ س ١٠ ص ٩١٣ ب ٩٢.

(١٢٣) أ.ع. ٩٢٥ س ١٣ فى ٧٠/١/١٧ س ١٥ ص ١٥٨ ب ٢٦.

فى المقابل ذهب رأى آخر(١٢٤) نقف فى صفه: الى أن وقف تنفيذ لا يؤثر على دلالة الحكم الجنائى البات بالادانة على الخطأ التأديبى فى حق العامل وبالتالى ليس هناك ما يمنع من الاستناد إليه لإنهاء عقد العمل أو لرفض التعاقد معه.

أساس ذلك، أن وقف تنفيذ العقوبة الأصلية أو امتداده للعقوبات التبعية لا ينفى أو يمحو مسئولية المحكوم عليه عن الجريمة(١٢٥) بل لا ينفى استحقاقه للعقاب، بدليل أنه يظل مهددا بتنفيذ العقوبة عليه إذا ما ألغى وقف التنفيذ (م ٥٦ ع). ذلك لأنه يفترض إدانة المحكوم عليه، كل ما فى الأمر أن القاضى يقدر ان الهدف من العقوبة من إيلام واصلاح يتحقق بدرجة أكبر - بالنظر لظروف المحكوم عليه - بمجرد التهديد بتنفيذ العقوبة عليه فى حالة عدم التزامه السلوك السوى خلال ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى يصبح فيه الحكم نهائيا. بناء عليه لا يقبل من المحكوم عليه أن يطلب رد إعتباره أثناء مدة الوقف، إذ يتنافى ذلك مع طبيعة وقف التنفيذ

---

(١٢٤) د. اسماعيل غانم - قانون العمل - ص ٤٣٦، د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ٢٥٦؛ أحمد شوقى المليجى ص ٢٤٦، ٤٧٩؛ د. محمد عماد محمد أحمد البربرى - رسالة: أثر انتهاء عقد العمل - ١٩٨١ ص ٣٨، د. حسام الأهوانى ص ٤٤٠؛ د. فتحى المرصفاوى ص ٤٣٠؛ دنيا المباركة ص ٢٠٥؛ د. فتحى عبد الصبور - الوسيط فى قانون العمل - ١٩٨٥ - ص ٧٩٥.

(١٢٥) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية ط ٥ - ١٩٨٢ - ص ٨٣١ "هذا النظام تنصرف آثاره المباشرة إلى إجراءات تنفيذ العقوبة وتؤدى هذه الآثار إلى عدم إتخاذ هذه الاجراءات؛ د. محمد زكى أبو عامر - قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية ط ١ ١٩٨٦.

الذى يفترض التهديد بتنفيذ العقوبة خلال تلك المدة فى حين أن رد الاعتبار يعنى أن الحكم أصبح كأن لم يكن.

وطالما أن وقف التنفيذ ينصرف أثره إلى العقوبة فيعمل على ايقاف تنفيذها دون أن ينفى عن المحكوم عليه إرتكابه للفعل وإدانته عنه ودون أن يرفع عن الفعل وصف الجريمة الذى هو مبنى الحكم بالادانة وهو فى نفس الوقت أساس الاستدلال من حكم الادانة على الخطأ التأديبى، فلا يجوز تعطيل دلالة حكم الادانة – المشتمل على وقف التنفيذ – على الخطأ التأديبى.

أضف إلى ذلك فإن فصل العامل يعد جزاء تأديبيا – يترخص صاحب العمل فى توقيعه على العامل بعد ثبوت ادانته – وليس أثرا جنائيا للحكم الجنائى يتقرر بقوة القانون، ويشمله وقف تنفيذ العقوبة الذى يقتصر على ايقاف الآثار الجنائية للحكم(١٢٦). خاصة أن العلة فى فصل العامل فى هذه الحالة ليس هو الإنقطاع عن العمل تنفيذا للعقوبة السالبة للحرية إنما فى دلالة ثبوت إرتكاب العامل للجريمة – الموصوفة – على إختلال الثقة فيه وإخلالها بحسن سير العمل فى المشروع. بمعنى أن الاستدلال على الخطأ التأديبى يأتى أثرا للادانة – فى جريمة من الجرائم الموصوفة (١٢٧) –

(١٢٦) د. محمود نجيب حسنى – المرجع السابق – ص ٨٣٩ "لا مجال لوقف التنفيذ بالنسبة للآثار المدنية أو الإدارية للحكم، ذلك أنه نظام جنائى بحت لا شأن له بالآثار غير الجنائية للحكم".

(١٢٧) أو فى غيرها إذا ما ثبت وصف الخطأ التأديبى له.

وليس أثرا للعقوبة وبالتالى فهو لا يرتبط بها فى شمولها بالنفاذ أو بالحكم بإيقافها كعقوبة أصلية أو امتداده للعقوبات التبعية.

ويمكن أن نورد فى مصاف الحجج التى نستند إليها ما إنتهت المحكمة الادارية العليا اليه - فى مرحلة مراحل قضائها - على خلاف الرأى الغالب فى خصوص أثر وقف التنفيذ الشامل(١٢٨) على دلالة الحكم بالادانة فى ظل القانون ٥١/٢١٠ من أنه(١٢٩): "أن وقف تنفيذ الآثار المترتبة على الأحكام الجنائية بالتطبيق م ٥٥ع وما بعدها لا يشمل إلا العقوبة التبعية والآثار الجنائية المترتبة على الحكم، فلا يتعداها إلى الآثار الأخرى سواء أكانت هذه الآثار من روابط القانون الخاص أو من روابط القانون العام أى سواء كانت مدنية أو ادارية ... وبالتالى فالحكم الجنائى الصادر بوقف تنفيذ

---

(١٢٨) فى ظل هذا القانون الذى خلى من نص يبين أثر وقف التنفيذ على دلالة الحكم بالادانة على الخطأ التأديبى كمبرر لانهاء خدمة الموظف، أجمع الفقه والقضاء على أن وقف تنفيذ العقوبة الأصلية لايؤثر على دلالة الحكم بالادانة على الخطأ التأديبى وبالتالى يجب إنهاء خدمة الموظف. على اعتبار أن وقف التنفيذ قاصر على العقوبة الأصلية دون الآثار المدنية أو الإدارية للحكم. أ.ع ١٤١٣ فى ٦٠/٥/٢٤ (فى ١٠ سنوات) ص ٢٣٢٨.

بينما اختلف فى شأن أثر وقف التنفيذ الشامل، حيث اتجه الرأى الغالب الى أن ايقاف التنفيذ الشامل يشمل عدم جواز إنهاء خدمة العامل الواردة فى م ١٠٧ فى القانون ٥١/٢١٠ لأنها لا تعدو أن تكون عقوبة تبعية أو أثرا للحكم الجنائى يمتد اليها أثر الوقف تبعا لغيره من الآثار الجنائية.

(١٢٩) ٥٨/٧/١٢ مشار اليه فى د. سليمان الطماوى - القضاء الادارى. الكتاب الثالث - قضاء التأديب دراسة مقارنة - ١٩٨٧ - ص ٢٦١ وغيره من الأحكام المشار اليها فى نفس المرجع.

هذا لا يمنع أن المحكمة الادارية العليا قد عدلت فى أحكام لاحقة عن هذا الرأى وانضمت لرأى الجمهور من أن الحكم بوقف التنفيذ الشامل للآثار الجنائية ينتج أثره فى كلا المجالين الجنائى والادارى بالنظر لأن هذه الآثار وإن وردت فى قوانين مختلفة إلا أنها من طبيعة واحدة وبالتالى فلا تنتهى خدمة الموظف فى هذه الحالة. أ.ع ٣٢٠ س ١٠ فى ٦٥/٣/٢٧، أ.ع ٩٢٥ س ١٣ فى ١٩٧٠/١/١٧ س ١٥ ص ١٥٨ ب ٢٦ مشار اليه فى عبد الوهاب البندارى ص ٣٠٠.

العقوبة وبوقف جميع الآثار القانونية المترتبة على الحكم، لا يقف حائلا بين الجهة الادارية وبين حقها فى فصل العامل المحكوم عليه لإرتكاب جريمة مخلة باشراف، ما دام قد تحقق هذا الموجب".

ثم إن المحكمة الادارية العليا حتى بعد صدور قانون العاملين الجديد رقم ٧٨/٤٧ الذى منع الادارة من فصل العامل استنادا للحكم الجنائى إذا ما اقترن بوقف تنفيذ العقوبة، اتجهت إلى أن هذا لا يمنع الادارة من مسألة العامل تأديبيا استنادا لذات الفعل الصادر بمناسبة الحكم بالادانة، فيما إذا قدرت كون هذا الفعل له وصف المخالفة التأديبية من الناحية الادارية(١٣٠) وجه استدلالنا بحكم المحكمة العليا أنها قدرت أن الحكم بوقف تنفيذ العقوبة لا يحول دون الاستدلال على الخطأ التأديبى من الحكم بالادانة وبالتالى توقيع جزاء تأديبى على العامل مما هو دون الفصل. وفى هذا تأكيد على إنفصال الآثار الجنائية التى توقف نتيجة لوقف تنفيذ العقوبة عن الآثار التأديبية التى لا تتأثر بوقف تنفيذ العقوبة. فإذا أخذ بهذا فى ظل قانون العاملين المدنيين رغم نص م ٧/٩٤ فهو أدعى بأن يعمل به فى نطاق قانون العمل الذى خلى من نص مماثل لأثر وقف التنفيذ.

(١٣٠) فتوى ٣٦٠١ فى ٦٥/٦/٢٣ ملف ٢٧٧/١/٧، أ.ع ٣٢٠ لسنة ١٠ و٦٣٥ لسنة ٩ فى ٦٥/٣/٢٧ مشار إليه فى البندارى ص ٣٥٩.

ثانيا: أثر إنقضاء الالتزام بتنفيذ العقوبة على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة

يجمع أسباب إنقضاء الالتزام بتنفيذ العقوبة بالتقادم أو بالعفو عنها، أن هذه الأسباب يقتصر أثرها على الالتزام بتنفيذ العقوبة دون أن يمس الوجود القانونى لحكم الادانة فيظل قائما منتجا لآثاره – عدا تنفيذ العقوبة، وتظل له دلالته ونتائجه فى نطاق المسئولية التأديبية.

١ – أثر العفو عن العقوبة على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة

وفقا للمادة ١٤٩ من الدستور(١٣١) فإن لرئيس الجمهورية حق العفو عن العقوبة أو تخفيفها.

والأصل أن قرار العفو لا يسقط العقوبات التبعية والآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم بالادانة ما لم ينص فى أمر العفو على خلاف ذلك (م ٧٤ ع)(١٣٢).

– وفى تتبع أثر العفو على دلالة الحكم بالادانة، نجد أن الإجماع منعقد على أن العفو الذى يقتصر على العقوبة الأصلية يقتصر أثره على

(١٣١) سبتمبر ١٩٧١ (م ٧٤) وم ٧٥ع.

(١٣٢) نرى أنه فى غياب تقنين التشريع المصرى للحدود الإسلامية، فإن الأولى به فى القليل أن يستبعد هذه الجرائم من نطاق العتفو عن العقوبة والعفو الشامل ووقف تنفيذ العقوبة على اعتبار أنها جرائم تمس حق خالص لله، بما لا يجوز المساس بالعقوبة المقدرة لها بالزيادة أو النقصان أو العفو عنها من أى شخص أو من أى سلطة.

هذه العقوبة سواء بإسقاطها كلها أو بعضها سواء بإبدالها بأخف منها(١٣٣) دون أن يمحو الصفة الجنائية التى تظل عالقة بالفعل فى ذاته ودون أن يرفع عن المحكوم عليه ما لحقه من إدانة لأن العفو لا يرفع الحكم ولا يمحوه(١٣٤)،بدليل أن المحكوم عليه المعفو عنه يظل صاحب مصلحة فى طلب رد إعتباره بعد انقضاء المدة القانونية على صدور العفو (م ٥٣٧/ثانية اجراءات جنائية)، وبالتالى يظل للحكم الجنائى الصادر بالادانة حجيته أمام القضاء التأديبى فيما تناوله من ثبوت الجريمة ووصفتها القانونى ونسبتها الى المحكوم عليه ويصح الإستدلال منه على ثبوت الخطأ التأديبى فى حق العامل ومؤخذاته بناء عليه. ولا يترتب على العفو عن العقوبة وجوب إعادة العامل بعد فصله(١٣٥) كما لا يتغير وصف فصله استنادا للعفو عن العقوبة اذا لم ترفع دعوى المنازعة فى مشروعية الفصل إلا بعد

---

(١٣٣) ارتباط العفو بالعقوبة يجعل أنه لا محل له فى شأن من نفذ عقوبته كلها أو سقطت بالتقادم أو ممن انقضت بالنسبة له مدة وقف التنفيذ دون أن يلغى الوقف.
د. محمود نجيب حسنى – شرح قانون العقوبات – ط ٥ – ص ٨٨٨.
وفى شأن العقوبة التى صدر العفو عنها يسرى أثره بأثر مستقبل دون مساس بما نفذ منها.

(١٣٤) نقض ٥٨/٢/٤ س ٩ رقم ١ ص ١ "العفو عن العقوبة لا يمكن أن يمس الفعل فى ذاته ولا يمحو الصفة الجنائية التى تظل عالقة به ولا يرفع الحكم ولا يؤثر فيما نفذ من عقوبة بل يقف دون ذلك جميعا"؛ د. محمود حلمى – المرجع السابق – ص ٣١٩؛ د. محمود نجيب حسنى – شرح قانون العقوبات – ط ٥ – ص ٨٨٥ "يقتصر أثر العفو على الالتزام بتنفيذ العقوبة فيسقطه، ولا يمتد تأثيره إلى حكم الادانة الذى يظل على الرغم من العفو قائما منتجا جميع آثاره التى لم يتناولها العفو".
د. رءوف عبيد – مبادئ القسم العام من التشريع العقابى المصرى – ط ٣ – ١٩٦٥ – ص ٧٣٤ "العفو عن العقوبة ينصرف للعقوبة أما العفو الشامل فهو ينصرف بالضرورة الى نفس الواقعة فيسقط صفتها الجنائية".

(١٣٥) فى القليل لأن العفو عن العقوبة – بنوعيه – ليس له إلا أثر مستقبل دون أن يمس ما نفذ من العقوبات، على إفتراض إعتبار الفصل التأديبى من بين الآثار الجنائية للحكم. مع احتفاظ صاحب العمل بسلطته التقديرية فى الحق فى اعادته من عدمه دون رقابة لاحقة من القضاء.

صدور العفو. وهذا ما اتجهت اليه الجمعية العمومية للقسم الاستشارى فى ١٩٦٦/٥/٤ (١٣٦) فى فتواها مقررة "أن العفو الصادر بقرار من رئيس الجمهورية لا يمحو الجريمة ذاتها أو يزيل عنها الصفة الجنائية التى تظل عالقة بها، كما أنه لا يمحو الحكم الصادر بالادانة الذى يظل قائما. ومن ثم فإنه لا يترتب على القرار الجمهورى الصادر بالعفو سوى اسقاط العقوبة الأصلية، أو ما بقى منها، وكذلك العقوبة التبعية والآثار المترتبة على الحكم، وذلك بالنسبة إلى المستقبل فقط. ولا يترتب عليه اسقاط العقوبات التى نفذت أو الاثار التى وقعت فى الفترة السابقة على صدوره.

وعلى ذلك فإنه لا يترتب على قرار العفو (البسيط) محو الأثر الخاص بإنهاء خدمة الموظف للحكم عليه فى جناية، والذى يعتبر أثرا فوريا، يقع مباشرة وبقوة القانون كنتيجة حتمية للحكم الجنائى، ويستنفذ غرضه - بقطع الرابطة الوظيفية بين الموظف المحكوم عليه وبين الدولة - بمجرد وقوعه".

- بل إننا نرى أنه يصح إنهاء عقد العامل إنهاء مشروعا، استنادا للحكم بالادانة -فى جريمة من الجرائم الموصوفة - ولو تأخر هذا الانهاء الى ما بعد صدور قرار العفو عن العقوبة ما لم يستفد من هذا التراخى تنازل صاحب العمل عن الاستناد للخطأ التأديبى الواقع من جانب العامل.

---

(١٣٦) س ٢٠ ص ٢٦٣ مشار اليها فى د. سليمان الطماوى - قضاء التأديبى - ٨٧ - دار الفكر العربى - ص ٢٦٦.

وأساس رأينا أن سبب الانهاء يتمثل فى ثبوت إرتكاب العامل لجريمة من الجرائم الموصوفة - وهو ما تأكد بحكم الادانة - مع مالها من دلالة على اختلال الثقة في العامل والاضرار بحسن سير العمل داخل المشروع، استقلالا عن العقوبة المقررة، و بالتالى فإن من العفو عن العقوبة لا يمحو سبب الانهاء أو يزيله بما لا يمنع من الاستناد إليه فى إجراء الإنهاء(١٣٧).

- أما العفو الذى يتضمن إسقاط العقوبات التبعية والاثار الجنائية الأخرى بجانب العقوبة الأصلية، فلقد أثار ذات الخلاف الذى عرضنا له فى خصوص وقف تنفيذ العقوبة حيث يكون شاملا للآثار الجنائية للحكم وللعقوبات التبعية.

وفى هذا المقام نرجح ذات الرأى من أن العفو الذى يشمل العقوبات التبعية لا ينصرف للآثار المدنية أو التأديبية الناشئة عن الإدانة وبالتالى إمكان الاستناد إليه لفصل العامل فصلا مشروعا(١٣٨). ونضيف لما تقدم أن

---

(١٣٧) وسنعرض تفصيلا لذلك فى شأن سلطة رب العمل بعد صدور الحكم النهائى، وكيف أن الانهاء لا يقع بقوة القانون وكيف أن مباشرته رخصة لصاحب العمل وليس أثرا آليا للحكم الجنائى حتى نقول بمحوه أو بزواله تبعا للعفو.
بل إننا نؤيد فى مجال الوظيفة العامة الرأى القائل بأنه المركز القانونى الخاص بإنهاء رابطة التوظف لا يقع بقوة القانون وإنما ينشأ بقرار ادارى يتمثل سببه فى صدور حكم الادانة فى جريمة من الجرائم الموصوفة.
أ.ع فى ٦٥/١/١٠ س ١٠ ص ٣٩٢ مشار إليه فى د. سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٦٧.

(١٣٨) أنظر أ.ع. ٩٧٨ س ٨ فى ٦٥/١/١٠ س ١٠ ص ٣٩٢ ب ٤٣ مشار اليه فى المستشار عبد الوهاب البندارى ص ٥٢٦ وف. الشئون الداخلية والسياسية لمجلس الدولة ٦٩٠٦ فى ٥٣/١١/١٨ مشار اليها فى البندارى ص ٥٢٤ "إذا صدر قانون بالعفو الشامل عن الجرائم الجنائية التى ارتكبت فى فترة معينة وكان ممن يشملهم
=

الجزاء التأديبى بالفصل من الخدمة لم يرد ضمن العقوبات التبعية الواردة فى م ٢٤ع وبالتالى لا يدخل ضمن الاثار الجنائية التى قصد اليها العفو.

وقضت المحكمة الادارية العليا بأن "القرار الجمهورى بالعفو عن العقوبة - حتى لو نص على شمول العفو للعقوبات الأصلية والتبعية والآثار الجنائية الأخرى - فإنه لا ينصرف إلى الآثار المدنية أو الادارية الناشئة عن الجرائم الجنائية المحكوم فيها بالادانة، ومن بين هذه الاثار الادارية فصل العامل من الخدمة"[١٣٩].

ثم إن الأساس القانونى للجزاء التأديبى يظل هو ثبوت إرتكاب العامل للجريمة الموصوفة المعتبرة خطأ تأديبيا وهو ما لا يمحوه العفو الشامل للعقوبة التبعية. دليل ذلك أن صاحب العمل تظل ثابتة له سلطته التأديبية فى محاسبة العامل عن ما ينسب اليه من جريمة بغير انتظار حكم الادانة، على أن يتولى اثبات حقيقة المبرر وفقا للقواعد العامة فى الإثبات. فكيف يحرم صاحب العمل من ممارسة سلطته التأديبية[١٤٠] بعد أن أصبح إرتكاب

= العفو موظف عمومى عاقبته الادارة تأديبيا عن هذه الأفعال المكونة للجريمة الجنائية التى شملها العفو، فإن هذا الجزاء التأديبى لا يجوز رفعه، ذلك أن قانون العفو الشامل لا يمحو عن الفعل المعاقب عليه إلا صفة الجريمة الجنائية دون وصف الجريمة التأديبية التى تبقى لاحقة بالفعل فى ذات الوقت". هذا الرأى أولى بالتأييد حيث يقتصر العفو على العقوبة ولو شاملة للعقوبات التبعية لأنه يبقى على الصفة الجنائية للفعل ولا يزيل حكم الإدانة الذى هو أساس ثبوت وصف الخطأ التأديبى وهو ما لا يمحوه العفو الشامل للعقوبات التبعية.

(١٣٩) أ.ع ٩٧٨ لسنة ٨ فى ٦٥/١/١٠، س ١٠ ص ٣٩٢ ب ٤٣.

(١٤٠) بمعنى اعتبار ما يصدر منه من فصل، أستنادا لحكم الادانة الذى تبعه عفو عن العقوبة الأصلية والتبعية، فصلا غير مشروع.

العامل للجريمة – وبالتالى خطأه التأديبى – مقطوعا به بصدور حكم الادانة، بحجة صدور عفو لاحق عن العقوبة الأصلية والعقوبات التبعية.

أضف إلى ذلك، فإن اعتبارات العفو عن العقوبة مستقلة فى جميع الأحوال عن الاعتبارات المهنية فى تكييف الخطأ التأديبى والتى قدر المشرع توافره فى حالة ثبوت جريمة من الجرائم الموصوفة فى حق العامل.

كذلك فإنه من المتفق عليه أن العفو ولو شاملا للعقوبات التبعية لا يمس حقوق الغير التى ترتبت لهم من ارتكاب الجريمة. ومن هذا حق صاحب العمل فى مؤاخذة العامل المرتكب للجريمة المعتبرة خطأ تأديبيا سواء لكونها من الجرائم الموصوفة والمفترض الخطأ التأديبى فى شأنها سواء لكونها من الجرائم غير الموصوفة إذا ما ثبت لها وصف الخطأ التأديبى.

فى المقابل اتجه رأى معاكس(١٤١) الى أن قرار العفو يعتبر بمثابة سحب لقرار العزل.

– ف. ج ٦٥/٥/١٢ – مشار اليها فى د. محمود حلمى حيث أعتبرت العفو الشامل بمثابة رد إعتبار بطريق غير مباشر وبالتالى يتعين إعادة العامل للخدمة بقرار جديد.

– ف. ج العمومية للقسم الاستشارى فى ٦٦/٥/٤ س ٢٠ ص ٢٦٧ (١٤٢) "لما كان القرار الجمهورى قد صدر شاملا العفو عن العقوبات الأصلية والتبعية والاثار المترتبة على الحكم الصادر ضد العامل المذكور،

(١٤١) د. محمود حلمى ص ٣٢٠.
(١٤٢) د. سليمان الطماوى قضاء التأديب - ص ٢٦٧

فإنه يترتب على هذا القرار إسقاط جميع العقوبات والآثار التى قد تقع بعد صدوره ومن بينها الحرمان من التعيين فى الوظائف العامة. ومن ثم فإنه يعتبر بمثابة رد الاعتبار فى مفهوم نص م ٧ (من القانون ٦٤/٤٦) ولا يتطلب الأمر فى هذه الحالة قضاء مدد معينة بعد صدور قرار العفو، ويجوز اعادة تعيينهم عقب صدور هذا القرار دون حاجة إلى انتظار إنقضاء المدة اللازمة لرد الاعتبار القضائى أو القانونى، هذا مع مراعاة توافر الشروط الأخرى اللازمة فيمن يعين فى الوظائف العامة. "وذهب د. محمد السيد الدماصى[١٤٣] إلى أنه يتعين بحكم اللزوم إعادة العامل لعمله إن كانت هناك وظيفة شاغرة تتوافر مواصفاتها فيه، إعمالا لشمول العفو لكافة الآثار الجنائية والتأديبية. فى الرد على هذا الرأى. فإنه حتى مع مسايرة الرأى القائل بأن الفصل التأديبى يعتبر من ضمن الاثار الجنائية للحكم، فان العفو عن العقوبات التبعية لا يترتب عليه سواء ضرورة اعادة العامل لعمله سواء إعتبار فصله غير مشروع. وذلك لأن القول بهذا يتعارض مع الأثر المستقبل للعفو والذى لا يمتد الى ما يترتب فعلا من آثار قبل صدوره.

وفى بيان ذلك نقول أنه فى حالة اعتبار انهاء خدمة الموظف يتم بقوة القانون كأثر للحكم بالإدانة فور صدور الحكم، فإن قرار العفو يكون لاحقا دائما لانتهاء خدمة الموظف ولو لم يكن الاجراء التنفيذى الصادر عن الادارة بإنهاء خدمة العامل قد صدر بعد، وبالتالى لا يملك محو ما تم سابقا عليه.

---

(١٤٣) رسالته فى تولية الوظائف العامة – ص ٥٦٣.

وفى حالة اعتبار أن إنهاء الخدمة لا يتم الا بقرار ادارى فردى يجد سببه فى حكم الادانة. فإن العفو عن العقوبة ولو صدر قبل صدور القرار الادارى، لا يغل يد الادارة فى انهاء خدمة العامل استنادا لسببه المتمثل فى حكم الإدانة وليس للعقوبة المقررة . أضف لذلك فإن العفو عن العقوبة ولو شاملا للعقوبات التبعية لا يغنى عن رد الإعتبار (م ٥٣٧، ثانيا اجراءات جنائية).

٢- أثر تقادم العقوبة على دلالة الحكم النهائى بالادانة:

تقادم العقوبة هو مضى الفترة الزمنية التى يحددها القانون من تاريخ صدور الحكم البات بالادانة دون أن يتخذ خلالها اجراء لتنفيذ العقوبة التى قضى بها. [م٥٢٨ - ٥٢٩ اجراءات جنائية].

ويترتب على تقادم العقوبة انقضاء الألتزام بتنفيذ العقوبة بغير الغاء الوجود القانونى لحكم الادانة، الذى يظل مرتبا جميع آثاره - عدا ما أنقضى منها بالتقادم - سواء من الناحية الجنائية سواء من الناحية المدنية.

فمن الناحية الجنائية يعتبر سابقة للعود ويظل مسجلا فى صحيفة الحالة الجنائية كما يكون من مصلحة المحكوم عليه السعى للحصول على رد اعتباره توصلا لمحو الحكم بالادانة بالنسبة للمستقبل (م ٥٣٧ - ٥٥٠ - ٥٥٢ اجراءات جنائية)[١٤٤] .

---

(١٤٤) د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٨٧٩ وما بعدها - د. رءوف عبيد - المرجع السابق - دار الفكر العربى - ط ٤ - ٨٧٧ - د. محمد زكى أبو

ومن الناحية المدنية فطالما أن الحكم بالادانة يظل موجودا قانونا وان أمتنع تنفيذ مقتضاه - الذى يقتضى تدخل السلطة العامة من الناحية الجنائية - فإن تقادم العقوبة لا يسقط دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة على الخطأ التأديبى فى حق العامل (المقرر فى / ٦١ عمل) والذى يصح لرب العمل الاستناد اليه وفقا لقواعد قانون العمل، مقيدا بالمواعيد والاجراءات المقررة به.

تفصيل هذا يقتضى التمييز بين ما اذا كان المحكوم عليه الذى تقادمت عقوبته طالب عمل وبين ما اذا كان مرتبط فعلا بعقد عمل قائم.

فاذا تعلق الأمر بمحكوم عليه طالب للعمل. فاننا نحيل فى هذا الخصوص لحق صاحب العمل فى تحرى البيانات التى تحيطه علما بصلاحية طالب العمل والى واجب طالب العمل فى تحرى الصدق فيما يقدمه من بيانات وذلك فيما سوف ندرسه لاحقا عن أثر السابقة الأولى على دلالة الحكم النهائى بالادانة، ونرى أن تقادم العقوبة لا يغير من دلالة هذا الحكم.

أما اذا تعلق الأمر بمحكوم عليه مرتبط فعلا بعقد عمل قائم. فالأمر لا يخرج عن فرضين:

الفرض الاول: حيث يتحقق علم صاحب العمل بصدور الحكم النهائى بالادانة قبل تقادم العقوبة. فى هذه الحالة يستوى أن يكون صاحب العمل قد

= عامر - المرجع السابق - ص ٥٩٧ - د. أحمد فتحى سرور - الوسيط فى قانون العقوبات - دار النهضة العربية ١٩٨١ - ص ٨٠٦.

علم مسبقا بوقوع الجريمة من العامل(١٤٥) أو لم يعلم وذلك فى ظل الغاء قانون العمل الحالى للقيد الزمنى الوارد فى قانون العمل الموحد (م ٢/٦٦) على توجيه الاتهام للعامل.

---

(١٤٥) م ٢/٦٦ عمل موحد "لا يجوز إتهام العامل عن مخالفة مضى على كشفها أكثر من خمسة عشر يوما".

– أنظر فى نفس هذا الاتجاه قانون العمل الفرنسى

L122 - 44 "Aucun fait fautif ne peut donner lieu a lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au - dela de deux mois a compter du jour ou l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le meme délai a l'exercice de poursuites penales".

Cons. d'etat 8 juin 1990 J.C.P. 90 ed. E, II, 15884 P. 610 no3 obs. A. chevillard "lorsqu'un fait fautif a donne lieu à des poursuites penales avant l'expiration du delai de deux mois, l'engagement par l'imployeur de poursuites disciplinaires à l'encontre du salarie fautif n'est pas soumis a la condition de delai ainsi préveue".

بمعنى أن الدعوى التأديبية تسقط بمضى شهرين على كشف المخالفة ولو كانت تمثل جريمة ذلك ولو لم تنقضى الدعوى الجنائية بالتقادم. بينما يتحرر صاحب العمل من هذا القيد الزمنى من مباشرة سلطته التأديبية إذا ما رفعت الدعوى الجنائية خلال هذه المدة وذلك لما للحكم الجنائى سواء بالبراءة أو بالادانة من أثر على المسئولية التأديبية للعامل.

فى قانون العاملين المدنيين بادولة (م ٩١) وقانون العاملين بالقطاع العام (م ٩٣) اللذين وإن وضعا مدة لتقادم الدعوى التأديبية عموما فإنهما قد حرصا على النص أنه إذا كان الفعل جريمة جنائية فلا تسقط الدعوى التأديبية إلا بسقوط الدعوى الجنائية – أنظر فى ذلك د. سليمان الطماوى – القضاء الادارى الكتاب الثالث – ١٩٨٧ ص ٦٤٩.

أنظر ايضا المستشار عبد الوهاب البندارى – العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوى الكادرات الخاصة – دار الفكر العربى ص ٥٧١ – من جانبنا، نفضل من حيث السياسة التشريعية تبنى القيد الزمنى على مباشرة السلطة التأديبية بحيث لا تستطيل الفترة الزمنية أو تطلق ما بين كشف المخالفة وتوجيه الاتهام للعامل. بل ونرى التمسك بهذا القيد حتى فى الحالة التى يكون فيها للمخالفة المنسوبة للعامل وصف الجريمة على ما قننه القانون الفرنسى. على اعتبار أن سكوت صاحب العمل وعدم تحركه لمحاسبة العامل عن المخالفة برغم علمه بصدورها عنه يكشف سواء عن تقديره الشخصى فى أن هذه المخالفة لا تخل بحسن سير العمل بمشروعه سواء عن تسامحه مع العامل وتنازله عن حقه فى الاستناد لهذه المخالفة لمباشرة سلطته التأديبية. ويمكن تحقيقا للتوازن بين مصلحة صاحب العمل الذى قد تعوقه مشاغله عن المسارعة فى مباشرة سلطته التأديبية فور علمه بالمخالفة وبين مصلحة العامل فى استقرار وضعه الوظيفى أن نطيل المدة الزمنية التى يتعين على صاحب العمل خلالها البدء فى مباشرة سلطته التأديبية ابتداء من كشفه للمخالفة خاصة لو كانت جنائية =

عندئذ يكون لصاحب العمل مباشرة سلطته التأديبية استنادا للحكم النهائى بالادانة فى خلال المواعيد المقررة بالمادة ٢/٦٠ عمل. على اعتبار أن تاريخ علم صاحب العمل بالحكم بالادانة يعتبر بالنسبة اليه هو تاريخ ثبوت المخالفة(١٤٦).

= وذلك باقتراح أن تكون ٣ أشهر من كشفه للمخالفة بحيث تقف هذه المدة برفع الدعوى الجنائية.

(١٤٦) انظر فى شأن تحديد تاريخ المخالفة: حسام الأهوانى – المرجع السابق، ص ٢٥٨، عبد الناصر العطار – المرجع السابق – ص ٢٦٠ حيث اتجها إلى اعتبار تاريخ ثبوت المخالفة هو صدور قرار اللجنة الثلاثية وليس مجرد عرض طلب الفصل عليها. من جانبنا نعتبر تاريخ ثبوت المخالفة هو تاريخ انتهاء صاحب العمل من اجراءات التحقيق مع العامل فى حالة مباشرته لسلطته التأديبية قبل صدور الحكم النهائى بالادانة أو تاريخ علم صاحب العمل بصدور الحكم النهائى فى الادانة فى حالة تأجيله مباشرة سلطته التأديبية إلى ما بعد علمه بصدور الحكم النهائى سواء لم يكن قد علم بالمخالفة قبل ذلك أو كان قد علم بها ولم يتخذ فى شأنها أى اجراءات لتحقيقها. سواء إتخذ اجراءات تحقيقها وقام بوقف العامل احتياطيا الى حين البت فيما ينسب اليه من سلطة الاتهام أو المحكمة، علما بأن المدد المقررة فى م ٢/٦٠ عمل تقف حال إتخاذ إجراء من اجراءات التحقيق أو المحاكمة تجاه العامل (م ٦٧ عمل)، وبما لا يتجاوز المدة المقررة فى م ١٧٢ مدنى.

وأساس تفسيرنا مرجعه ضرورة تفسير م ٢/٦٠ عمل تفسيرا يراعى مصلحة العامل الذي وضع القيد الزمنى على مباشرة السلطة التأديبية لمصلحته. ذلك أن العبرة فى تحديد بداية سريان القيد الزمنى هو بالتاريخ الذى يتمكن صاحب العمل فيه من مباشرة سلطته التأديبية وهو ما يتحقق له بالتحقيق فيها من جانبه وسماع أقوال ودفاع العامل أو من تاريخ علمه بالحكم النهائى بالادانة الذى يقطع بنسبة الخطأ التأديبى المبرر للفصل (قرينة م ٦١ عمل) أما العرض على اللجنة الثلاثية فهو اجراء أو طريق مباشرة السلطة التأديبية حيث يقدر صاحب العمل أن الجزاء المناسب هو الفصل، بما يترتب عليه سقوط حق صاحب العمل فى مباشرة سلطته التأديبية إذا ما تأخر عن المواعيد المحددة بالمادة ٢/٦٠ عمل بعد التحقق من المخالفة سواء بالتحقيق الذى تم بمعرفته سواء بعد علمه بالحكم الجنائى النهائى وتنقطع هذه المدة بعرض العامل على اللجنة إذا ما تم العرض خلال هذه المواعيد ولا تبدأ إلا من تاريخ ابلاغه بقرارها.

والقول بغير ذلك يؤدى إلى إستطالة الفترة الزمنية مرتين الأولى: لإلغاء القيد الزمنى على إتهام العامل برغم كشف صاحب العمل للمخالفة حيث يتأخر التحقيق فيها من جانب صاحب العمل أو من جانب ثانى لعدم وجود ما يقيد صاحب العمل بضرورة

على العكس يسقط حقه فى ممارسة السلطة التأديبية تجاه العامل استنادا لهذه المخالفة بمرور المواعيد الواردة فى م ٢/٦٠ عمل[١٤٧] سواء تقادمت العقوبة بعد هذه المواعيد أو لم تتقادم[١٤٨]. على اعتبار أن انهاء العلاقة القانونية لا يترتب بقوة القانون على صدور الحكم بالادانة[١٤٩] بل هى رخصة لصاحب العمل يقتضى مباشرتها اتجاه الارادة لانهاء عقد العمل استنادا اليها. وهى رخصة قيد المشرع مباشرتها فى شأن الفصل بالارادة المنفردة لصاحب العمل بمدة زمنية معينة من النظام العام.

على أنه فى شأن بيان أثر مخالفة القيد الزمنى الوارد فى م ٢/٦٠ عمل يتعين التمييز بين التحلل من العقد استنادا للقواعد العامة فى الفسخ وبين

= عرضه على اللجنة الثلاثية خلال مدة معينة برغم ثبوت المخالفة المنسوبة للعامل سواء بالتحقيق معه من قبل صاحب العمل أو بعلمه بصدور الحكم الجنائى النهائى.

(١٤٧) أنظر عكس ذلك د. فتحى عبد الرحيم – المرجع السابق – ص ٢٣٥ حيث يرى عدم انطباق القيد الزمنى الوارد فى م ٢/٦٠ عمل على الفصل التأديبى. من جانبنا نعتبر هذا الرأى تخصيص للنص بغير تخصص. ذلك أن النص عمم القيد الزمنى على جميع صورو درجات العقوبات التأديبية ولا يوجد ما يستند اليه لاستبعاد الفصل من بينها، بل هو أولى من غيره فى تقييد سلطة صاحب العمل بالقيد الزمنى بإعتباره يمثل أعلى درجات الجزاء التأديبى.

(١٤٨) دون أن يصادر هذا حق صاحب العمل فى استخدام حقه فى الانهاء بالارادة المنفردة لمبرر آخر – لمخالفة أخرى منسوبة للعامل – أو حتى لغير مبرر مع تحمله عاقبة الأضرار الناجمة عن ما صدر منه من انهاء تعسفى ومع ضرورة احترامه للقيود الاجرائية المتطلبة قانونا فيما يصدر عنه من إنهاء.

(١٤٩) أنظر الخلاف فى نطاق قانون العاملين المدنيين بالدولة حول ما إذا كانت خدمة العامل تنتهى بقوة القانون بمجرد الحكم عليه بالادانة فى جريمة من الجرائم الموصوفة أم أن الأمر يقتضى صدور قرار إدارى بذلك بحيث لا يعدو أن يكون الحكم بالادانة سببا له. ويظهر أثر هذا الخلاف فى حالة تأخر الإدارة عن مباشرة السلطة التأديبية الى حين تقادم العقوبة الجنائية. مما يثير التساؤل عما إذا كانت العقوبة التأديبية بدورها تتقادم تبعا للعقوبة الجنائية. أنظر د. محمود حلمى – مرجع سابق – ص ٣٢١ – عبد الوهاب البندارى ص ٥٧٠.

التحلل من العقد استنادا لقواعد الانهاء بالارادة المنفردة فى العقود غير المحددة المدة والذى يعتبر الفصل التأديبى فى مجال عقد العمل تطبيقا له(١٥٠).

– فأما عن الحق فى الفسخ فانه يخرج عن أن يتقيد بالقيد الزمنى الوارد فى م ٢/٦٠ عمل، لأن مباشرته تستند للقواعد العامة فى كونه جزاء تعاقديا لاخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته (فى هذا المقام هو العامل) كما أنه شرع حتى لا يبقى المتعاقد الأخر مرتبطا بعقد أخل الطرف الأخر بالتزاماته فيه (م١٥٧مدنى)، وبالتالى فان مباشرة الحق فى الفسخ لا تخضع لأى قيد اجرائى بشأن العرض على اللجنة الثلاثية أو قيد زمنى شأن ما ورد فى م ٢/٦٠ عمل، اللهم الا اذا أستفيد من التراخى فى مباشرة الحق فى الفسخ بعد العلم بما يبرر التمسك به التنازل عنه. ذلك أن الفسخ مقرر كرخصة للعاقد الذى يقع الاخلال بإلتزامه، فلا يوجد ما يمنعه من النزول عنه(١٥١).

وهو ما تستدل عليه محكمة الموضوع من ظروف الدعوى فى دلالتها على النية الجازمة لدى صاحب العمل فى التنازل عن الحق فى الفسخ استنادا لما صدر عن العامل من مخالفة بعد علمه بها. أو إذا استفيد من مرور فترة طويلة من وقوع المخالفة تقادم دعوى الفسخ قياسا على تقادم دعوى الإبطال (م ١٤٠ مدنى). حيث يمكن القول بتقادم دعوى الفسخ

---

(١٥٠) تكييف ما إذا كان التحلل من العقد تم استنادا لاحكام الإنهاء بالارادة المنفردة (م ٦٩٥ مدنى – م ٦١ عمل ...) أم استنادا للحق فى النسخ (م ١٥٧ مدنى) يقدره قاضى الموضوع مراقبا من محكمة النقض.

(١٥١) أنظر د. عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد والارادة المنفردة – ١٩٨٤ – مطبعة نهضة مصر – ص ٦١٩.

بمرور ١٥ سنـة على ثبوت المخـالفـة أو ٣ سنوات من تاريخ العلم بها أيهـما أقرب.

ووجـه القيـاس على تقـادم دعوى إبطـال العقد، أنه قيـاس من باب أولى، ذلك أنه إذا كـان المشـرع فـى شـأن مـا شـاب بنـاء العـقد مـن أسـباب قابليـة للإبطـال أسقط الحـق فى التمسك بـه بمرور ١٥ سنـة على ابرام العقد (وقـت تحقق سبب الابطـال) ولو لم ينكشف سبب الابطـال الا بعد مرور هـذه المـدة تغليبا لاعتبارات استقـرار التعـامل. فإن تطبيق مـدة التقادم هذه أولى فى شأن الحق فى الفسخ حيث العقد صحيح ونافذ ولم يطرأ عليه إلا اخـلال من أحـد طرفيـه بإلتزام من التزاماتـه. لـذا فتثبيـت العـقد والابقـاء عليـه أولـى، حيث يتأخـر المتعـاقد عن مباشرة حقـه فى الفسـخ لأكثر مـن ١٥ سنـة مـن تـاريخ الإخـلال بالالتزام ولو تأخر علمـه بالمخالفـة. وذلـك تأسيسـا علـى أن الوضـع الفعلى الذى استقـر خـلال مـدة التقـادم ينبغـى الابقـاء عليـه كوضـع قـانونى تحقيقـا لاعتبارات استقـرار التعـامل.

أمـا الفصل التأديبى بإعتباره تطبيق فى نطـاق عـقد العـمل للحـق فـى الانهـاء بالارادة المنفردة فإن مباشـرته تخضع للقيـود الاجرائية (العرض على اللجنـة الثلاثيـة) التى تمثل قيدا على مضمون الحق فـى الانهـاء بحيث لا يكون لصاحب العمل مباشـرته إلا بعد استيفائهـا، كمـا يخضـع فـى مباشـرته للقيود الزمنيـة الواردة فى م ٢/٦٠ عمل.

لكن ما هو جـزاء مخـالفة صاحب العمل للقيد الزمنـى (م ٢/٦٠ عـمل) لمباشرة السلطـة التأديبيـة فى توقيع عـقوبة الفصل على العـامل؟

فى غياب نص مماثل لما ورد فى التشريع الفرنسى[١٥٢]، يكون مقتضى القواعد العامة أن مخالفة القيد الزمنى الوارد بقاعدة آمرة يؤدى إلى بطلان الفصل كتصرف قانونى قصد به انهاء عقد العمل بالارادة المنفردة لصاحب العمل. هذا البطلان وان كان من النظام العام يحتاج إلى حكم قضائى يقرره.

إلا أننا نرى أن مقتضى إعمال نظرية تحول التصرف القانونى الباطل (م ١٤٤ مدنى)[١٥٣]، يقتضى اعتبار أن الإنهاء كتصرف بالإرادة المنفردة وإن اعتبر باطلا بهذا الوصف لمخالفته القواعد الإجرائية الآمرة – القيد الزمنى – فإنه يحمل فى طياته عناصر تصرف قانونى آخر هو الفسخ[١٥٤]

---

(١٥٢) L 122 - 14 - 4 [L.No 86 - 1320 dec. 1986] . Soc. 8 Mai 1980.
Juris - social 1980, F 67 "l'employeur qui a licencié pour une cause réelle et sérieuse mais sans respecter les formalités prescrites .... notifie ultérieurement à l'interesse son licenciement est tenue au paiement des salaires échus jusqu'a la date de cette seconde notification qui donne seule au licenciement un caractere éffectif".

(١٥٣) فى رأينا، أن ورود نظرية التحول فى خصوص العقد لا يمنع من تطبيقها على التصرف القانونى عموما أيا كان مصدره. ذلك أن نظرية التحول تستجيب لدور الإرادة فى إنشاء وتعديل وإنهاء الآثار القانونية فيما لا يخالف النظام العام. ذلك يستتبع اعتبار أن إعمال الإرادة فيما قصدت اليه مباشرة أو بطريقة غير مباشرة خير من إهمالها. وليس فى ذلك مخالفة للشرعية القانونية، طالما لا نعترف إلا بتصرف تحققت له أركانه وشروطه المتطلبة قانونا وإن لم يقصد إليه إلا بطريقة غير مباشرة أمكن التحرى عنها فى أنقاض التصرف الباطل.

القول بغير ذلك فيه من ناحية: إهدار للإرادة فيما قصدت اليه.

من ناحية أخرى: إهدار للوقت، لأن الإرادة تملك أن تعمد إلى انشاء هذا التصرف المقول بالتحول اليه كتصرف جديد بإرادة جديدة لاحقة.

ومن ناحية ثالثة: رفض مقتضى التحول يفتح بابا للتهرب من مقتضى صدور الارادة الجازمة وضرورة التحمل بكل آثارها المباشرة وغير المباشرة.

(١٥٤) الطعن ٥٠/١٠١ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢١ علمت الهوارى جـ ٤ ص ١١٢ – فى نفس المعنى ٣١/٤٣٤ (١٩٦٥/١٢/٢٢)، ٣١/١٥٩ جلسة ٦٥/٣/٣١، الحكم الصادر فى

=

- ما لم يستدل القضاء من استطالة الفترة الزمنية تنازل صاحب العمل عن حقه في الفسخ أو إنتهى على سبيل القياس إلى إسقاط حقه في الفسخ، فعند ذلك يعتبر العقد ما زال قائما - بل ويكون لصاحب العمل الذى أقره القضاء لاحقا فيما أستند إليه من مبررات للفسخ، أن يطالب العامل بالتعويض مما يكون قد أصابه من ضرر من جراء إخلاله بإلتزام من التزاماته الجوهرية.

الفرض الثانى: حيث يتحقق علم صاحب العمل بالحكم الجنائى النهائى بالإدانة بعد تقادم العقوبة(١٥٥).

= جلسة ٦٥/٣/١٧ مشار اليهم فى أحمد سمير ابو شادى - مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة النقض من ٦١ - ٦٦ - ص ٨٠٩، كذلك الطعن ٣٦/١٢٥ ق جلسة ٧٤/٥/١٨ م.م.ف سنة ٢٥ ص ٨٢٥.

هذه الأحكام القضائية خلت من التأصيل والاستناد لنظرية التحول. فى شأن الفقه: أرجع د. محمد لبيب شنب قانون العمل - ط ٣ - ص ٢٨٠ الذى برغم تقريره أن بطلان الفصل فى هذه الحالة لا يحول دون اعتباره فسخا للعقد، فإنه يعود ويقرر أننا أمام إنهاء بالإرادة المنفردة إذا توافرت له مبرراته الجدية كان إنهاء مشروعا وإذا لم تتوافر له كان انهاء تعسفيا، لأن بطلان الفصل لا يعنى بالضرورة انتفاء المبرر. هذا التأرجح فى التكييف مرده فى رأينا الى اعتباره أن الفصل يختلف عن الانهاء بالإرادة المنفردة. والصحيح فى رأينا أن الفصل وان اختلف عن الفسخ بإعتباره جزاء لاخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه وفقا للقواعد العامة (م ١٥٧ مدنى)، فإنه ما هو إلا تطبيق خاص لقواعد الانهاء بالارادة المنفردة فى العقود غير محددة المدة (م ٦٩٥ مدنى - م ٦١ عمل وما بعدها) - أنظر فى نفس الاتجاه د. عبد الناصر العطار - شرح أحكام قانون العمل ١٩٨٩ - ص ٢٦٥.

- د. محمد عبد الخالق عمر - قانون العمل الليبى - ١٩٧٠ - ص ٢٧٩.

(١٥٥) أنظر المستشار عبد الوهاب البندارى - العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوى الكادرات الخاصة - دار الفكر العربى ص ٥٧٠.

حيث يعرض للخلاف حول أثر سقوط العقوبة الجنائية على المركز الوظيفى للموظف العام؟

يتجه رأى: إلى أن سقوط العقوبة الجنائية لا يمنع من انتهاء العلاقة الوظيفية للعامل. لأن خدمة العامل تنتهى بمجرد الحكم الجنائى النهائى فى الجريمة الموصوفة دون نظر الى تراخى جهات الاختصاص فى تنفيذ الحكم أو =

في هذه الحالة يستوى أن يكون صاحب العمل قد علم من قبل بوقوع الجريمة المنسوبة للعامل(١٠٦) أم أن علمه قد تأخر الى حين علمه بالحكم النهائي حيث عاصر ذلك تقادم العقوبة الجنائية.

في هذه الحالة فإنه بالنظر لأن تاريخ ثبوت المخالفة - الذى تبدأ منه سلطة صاحب العمل التأديبية - هو تاريخ علمه بالحكم الجنائي النهائي

= حتى سقوط العقوبة بمضى المدة لعدم تنفيذها. على اعتبار أن انتهاء الخدمة يتم كأثر فورى لصدور الحكم الجنائي النهائي دون حاجة إلى قرار من الجهة الادارية لإنشاء هذا المركز القانوني الذى ينشأ فعلا بقوة القانون. وأنه إذا أصدرت الجهة الادارية قرارا فهو إجراء تنفيذى لمقتضى الحكم ولا يعتبر قرارا اداريا بالمعنى الفنى الصحيح. إضافة إلى أن أثر تقادم العقوبة يقتصر على العقوبة الجنائية دون مساس بآثار الحكم الخاصة بالحرمان من الحقوق والمزايا التى لا يتطلب تنفيذها تدخلا من السلطة العامة. أنظر فى ذلك فتاوى الجمعية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، وبعض أحكام محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا المشار اليها فى المرجع السابق ص ٣١٩ - ٣٢١، د. محمود حلمى - المرجع السابق - ط ٢ - ١٩٧٤ - ص ٣٢١.

في المقابل يتجه رأى آخر نؤيده - إلى أن المركز القانوني الخاص بإنهاء رابطة التوظف - كأثر للحكم الجنائي النهائي - لا ينشأ إلا بقرار ادارى.

هذا القرار يقوم على واقعة قانونية هى صدور الحكم الجنائي الذى يعتبر سببا للقرار الإدارى، بحيث لا يتغير المركز القانوني للموظف تلقائيا بمجرد صدور الحكم الجنائي النهائي وإنما يلزم تدخل الادارة بعمل إرادى إيجابى تنزل به حكم القانون على الموظف متى قدرت تحقق شروط انطباقه فى حقه. وإذا صح أن القرار الادارى الفردى تطبيق لحكم القانون فإنه لابد من اعتباره منشئا لمركز فردى خاص متميز عن الوضع القانوني المجرد المتولد عن القانون. ولا يتعارض مع هذا أن يستند قرار انهاء خدمة العامل الى تاريخ صدور الحكم الجنائي النهائي كما هو الشأن فى حالة انهاء الخدمة لبلوغ السن أو للانقطاع عن العمل بدون عذر أو إذن.

أرجع أحكام مؤيدة محكمة قضاء ادارى. محكمة ادارية عليا المرجع السابق لعبد الوهاب البندارى ص ٣٢١ - ٣٢٧، محكمة ادارية عليا - دائرة ٨ - طعن ١٤٩٨ سنة ٢٠ ق فى ٩١/٣/٢٤.

(١٠٦) ذلك لخلو قانون العمل الحالى من قيد زمنى على سلطة رب العمل فى إتهام العامل خلال مدة معينة من تاريخ كشف المخالفة على ما سبق بيانه.

الذى أثبت نسبة الواقعة للعامل(١٥٧)، فإنه من هذا التاريخ وخلال المدة الزمنية المقررة فى م ٢/٦٠ عمل يكون لصاحب العمل مباشرة سلطته التأديبية تجاه العامل سواء بفصله أو بما دون ذلك من جزاءات، بما لا يتجاوز المدة المقررة فى م ١٧٢ مدنى لتقادم الدعوى المدنية.

ولا يمنع من مباشرة صاحب العمل لسلطته التأديبية تقادم العقوبة الجنائية الذى لا ينفى دلالة الحكم الجنائى بالادانة على الخطأ التأديبى المفترض بقرينة قاطعة (م ٦١ عمل) والتى تظل قائمة إلى حين رد إعتباره.

وكما يثبت لصاحب العمل الحق فى مباشرة سلطته التأديبية وفصل العامل خلال المدة الزمنية المقررة فى م ٢/٦٠ عمل فإنه يكون له وحتى بعد فوات هذه المواعيد مباشرة حقه فى الفسخ وفقا للقواعد العامة ما لم يصدر عن صاحب العمل ما يمكن أن يستفاد منه تنازله عن الحق فى الفسخ عن ما ثبت نسبته للعامل وتمسكه ببقاء العقد رغم ما صدر من الطرف الآخر من مخالفة لإلتزاماته. أو حيث يقرر القضاء سقوط دعوى الفسخ لتقادمها قياسا على دعوى الإبطال م ١٤٠ مدنى.

---

(١٥٧) لا يتأتى أن يعتبر تاريخ صدرو الحكم الجنائى النهائى هو تاريخ ثبوت المخالفة بحيث يسرى القيد الزمنى الوارد فى م ٢/٦٠ فى غفلة من صاحب العمل الذى لم يعلم بصدور الحكم الجنائى النهائى والذى لا يمكن إفتراض علمه به بمجرد صدوره أو أن ينسب اليه تقصير فى عدم العلم به.

ثالثا: أثر السابقة الأولى على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة:

يثور التساؤل فى اطار علاقات العمل الخاضعة لقانون العمل، عن مدى تأثر دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة[١٥٨] - فى جريمة من الجرائم الموصوفة - على الخطأ التأديبى للعامل، بعدم ظهور هذا الحكم فى شهادة الحالة الجنائية اعمالا للقرار الوزارى المنظم لاثبات السوابق القضائية[١٥٩].

لم يرد فى قانون العمل نصا مقابلا لما ورد فى قانون العاملين المدنيين بالدولة (م ٧/٩٤- م ٣/٢٠) والعاملين بالقطاع العام (م ٧/٩٦- م ٣/١٠٦) وقانون شركات قطاع الأعمال العام (م ٤/٤٥)[١٦٠]، والذى أعتبره الفقه[١٦١] اعمالا لقرار وزير العدل بعدم ادراج السابقة الأولى فى صحيفة الحالة

(١٥٨) وفى غيرها من الجرائم التى يثبت لها وصف الخطأ التأديبى قضاء.

(١٥٩) ورد فى قرار وزير العدل الصادر فى ١٩١١/١٠/٢ والمعدل فى ١٩٥٥/٥/١٢ وقائع مصرية ع ٣٨ فى م ١ منه أن "الأحكام التى تحفظ فى صحيفة السوابق هى أحكام الادانة الصادرة فى الجنايات والأحكام الصادرة فى الجنح بالحبس لمدة سنة فأكثر والأحكام الصادرة بأية عقوبة فى الجنح التى حددها القرار على سبيل الحصر".
وورد فى م ١٤ منه "لا يثبت فى الشهادة التى يطلبها المحكوم عليه الأحكام الآتية:
(١) الأحكام التى رد اعتباره عنها قضاء.
(٢) الحكم الصادر فى أية جريمة بالغرامة أو بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالوضع تحت مراقبة البوليس أو بإنذار المحكوم عليه بوصفه متشردا أو مشتبها فيه وذلك بشرط عدم صدور حكم آخر بأية عقوبة مما يحفظ عنه صحيفة وفيش بقلم السوابق بادارة تحقيق الشخصية وأن تكون العقوبة قد نفذت ما لم تكن قد سقطت بمضى المدة أو بالعفو عنها".
أنظر فى القانون الفرنسى art 777 c.p.p.

(١٦٠) "ومع ذلك فإذا كان قد حكم عليه لأول مرة فلا يؤدى الى انتهاء الخدمة - لا يحول دون التعيين - إلا إذا قدرت لجنة شئون العاملين بقرار مسبب من أسباب الحكم وظروف الواقعة أن بقاءه فى الخدمة يتعارض مع مقتضيات الوظيفة او طبيعة العمل".

(١٦١) المستشار أحمد شوقى المليجى - المرجع السابق - ص ٤٨٠.

الجنائية(١٦٢) كى لا يقف الحكم الجنائى الأول عقبة فى سبيل الحصول على عمل أو حتى لا يكون عقبة فى سبيل الاستقرار الوظيفى له.

وأعتبر ذلك عدولا عن القرار الجمهورى رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ (١٦٣) الذى كان يحظر التعيين فى وظائف الشركات أو الأستمرار فى العمل بها لمن يحكم عليه فى الجرائم المبينة به ولو كانت السابقة الأولى له.

يستفاد من نص قانون العاملين المدنيين بالدولة أو العاملين فى شركات قطاع الأعمال، أن المشرع خفض مستوى القرينة القانونية على الخطأ التأديبى كسبب منهى للخدمة والمستفاد من الحكم بالادانة فى احدى الجرائم الموصوفة من مستوى القرينة القاطعة الى مستوى القرينة النسبية(١٦٤) فى حالة كون حكم الادانة الصادر على العامل، هو الحكم الأول بما يخضع قرار الادارة فى حالة استنادها اليه لانهاء خدمة العامل للرقابة القضائية اللاحقة من واقع أسباب الحكم وظروف الواقعة بالنظر لمقتضيات الوظيفة وطبيعة العمل.

---

(١٦٢) رغم أن صياغة النص السابق كما تتسع للحكم الأول الذى لم يظهر فى صحيفة الحالة الجنائية اعمالا للقرار الوزارى فانه يتسع للحكم الأول الذى ظهر فى صحيفة الحالة الجنائية لتحقق شروط ادراجه فيها.

(١٦٣) بدأ هذا العدول منذ صدور القانون ٦١/٠٧١ أنظر .. سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٤٨.

(١٦٤) لكن يظل الخطأ التأديبى مفترضا تأسيسا على الحكم النهائى بالادانة فى احدى الجرائم الموصوفة برغم كونه الحكم الأول. دليل ذلك أن مناط الرقابة القضائية اللاحقة على قرار الادارة بالاستناد الى حكم الادانة فى الجريمة الموصوفة ينحصر فى تقدير مبررات الادارة من تعارض الاحتفاظ بالعامل المتورط فى الجريمة الموصوفة مع متطلبات وظيفته.ولا يستطيع القضاء أن يلغى قرار الادارة حيث تصيب فى أسباب قرارها من تعارض استمرار العامل المحكوم عليه مع مقتضيات الوظيفية لمجرد أن حكم الادانة المستند اليه كسبب للقرار هو الحكم الأول.

وقد يكون الدافع لهذا الموقف التشريعى محاولة المشـرع تخفيف المعيار الجامد الذى تبناه فى تحديد الجرائـم الموصوفـة التـى أستدل مـن الادانـة فيها بقرينـة قانونيـة قاطعـة علـى الخطـأ التـأديبى(١٦٥). وكـان الأجدر بالمشـرع أن يستعين بمعيار مـرن مـن طبيعـة الوظيفـة وطبيعـة العمـل فـى تحديـد الجرائـم استدلالا علـى الخطـأ التـأديبى مـع توحيـد دلالـة الحكـم علـى ثبـوت الخطـأ التأديبى(١٦٦) – فى حالة صدوره فى احدى الجرائم الموصوفـة – سـواء كـان هو الحكم الأول أو الثانى سواء كان ظاهرا فى صحيفة الحالة الجنائية أو غير ظاهرة فيها. على اعتبار أن دلالة الحكم بالادانـة علـى الخطـأ التـأديبى يرتبط بطبيعة الجريمة ومدى تعارضها مع طبيعة وظيفة العامل وليس بكونـه الحكم الأول أو الثانى(١٦٧).

فما الحكم فى اطار قانـون العمل؟ بمعـنـى هل هنـاك مـا يمنـع صـاحب العمل – قانونا – فى حالة علمه الفعلى بالسابقة الأولى رغم عدم ظهورها فى صحيفة الحالة الجنائية فى الاستناد الى دلالتها على الخطأ التأديبى لانهاء عقـد العـامل أو رفض التعاقد معه؟

من جانبنا نرى أن هناك فارق بين الستر على المحكوم عليـه لأول مـرة بعدم اظهـار هـذه السـابقة فـى صحيفـة الحالـة الجنائيـة – وهـو مـا قصـد اليـه

---

(١٦٥) شأن الحكم بعقوبة الجناية عموما سواء ارتكبت فى داخل أو خارج دائرة العمل.

(١٦٦) أنظـر لاحقا توصيف الجريمـة المخلـة بالثقـة. الفصل الثانى من الباب الأول.

(١٦٧) إذ كيف يفسر أن يكون الحكم الأول فى جريمـة مخلـة بالشرف لا يصلـح دليـلا قاطعـا على ثبوت الخطأ التأديبى فى حق العـامل بينما يكون كذلك فـى حـالة كونـه الحكم الثانى.

مع تسليمنـا بأن دلالة الادانـة على الخطورة الاجرامية تكون أظهـر فى حـالة العود منها فى حالة الادانـة المبتدأة. لكن هنـاك فـارق بين ثبوت الخـطـأ التـأديبى وهو ما يتحقق بمجرد الادانـة المبتـدأة وبين الخطـورة الاجراميـة وهـو مـا يكـون أظهـر فى حـالة العـود.

المشرع وبين نفى دلالته على الخطأ التأديبى وهو ما لم يقصده. لأن عدم ظهور السابقة الأولى فى صحيفة الحالة الجنائية - والحكم الأول عموما - لا ينفى الادانة، سواء من حيث وقوع الجريمة فعلا أو من حيث نسبتها لفاعلها أو من حيث لزوم تنفيذ العقوبة، وبالتالى لا ينفى دلالتها على الخطأ التأديبى وامكان الاستناد اليه.

- خاصة أن فصل العامل استنادا للحكم بالادانة فى احدى الجرائم الموصوفة يظل رخصة لصاحب العمل. والذى يظل وحده صاحب السلطة فى تقدير مناسبة الأستناد اليها لمؤاخذه العامل بالنظر لتقديره لمصلحة العمل بالمشروع وتقديره لامكانية التجاوز عن خطأ العامل واعطائه فرصة من باب العفو والتسامح بما لا يضر بمشروعه. لكن دون أن يكون قراره بالفصل فى حالة اتخاذه - ولو أستنادا للحكم الأول أو للحكم الذى لم يظهر فى صحيفة الحالة الجنائية - محل رقابة وقضائية لاحقة(١٦٨) لتقدير مناسبة العفو عن العامل والأحتفاظ به فى نطاق المشروع بالنظر لمقتضيات وظيفته وعمله كما تؤدى اليه نصوص قانون العاملين المدنيين ونصوص قانون العاملين بشركات قطاع الأعمال العام.

---

(١٦٨) طالما تعلق الأمر بالادانة فى احدى الجرائم الموصوفة المفترض الخطأ التأديبى فى حال إرتكابها افتراضا لا يقبل اثبات العكس مع افتراض جسامته المبررة للفصل. أما الاستناد للادانة فى غير هذا من الجرائم سواء كان الحكم الأول أو الثانى، فيخضع للسلطة التقديرية للقضاء فى تكييف الخطأ التأديبى وتحديد درجته بالمقابلة بالجزاء التأديبى الموقع على العامل ولا يكون قرينة إلا على حقيقة المبرر (وقوع الجريمة ونسبتها للعامل ووصفها القانونى) أما جدية المبرر فيتم اثباته وفقا للقواعد العامة تحت رقابة القضاء. ذلك أنه مع ثبوت الخطأ التأديبى، ودرجة جسامته - افتراضا من المشرع أو تقديرا من القضاء - يكون استعمال صاحب العمل لسلطته التأديبية استعمالا مشروعا لارتباطه بالغاية الاجتماعية المقررة لها. وإذا كان العفو والتسامح فى المرة الأولى مندوب اليه ديانة فلا يجوز أن يكون مفروضا قانونا فى صورة المؤاخذة على التمسك بالحق.

يؤكد رأينا، أن صحيفة الحالة الجنائية السلبية لا تعدو أن تكون قرينة على عدم صدور أحكام جنائية على صاحبها، الا أنها قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها باثبات عدم صحتها أو باثبات صدور حكم لم تتوافر فيه شروط ادراجه في الصحيفة. وفى هذا المعنى قررت المحكمة الادارية العليا(١٦٩) "وان كانت صحيفة الحالة الجنائية تعد قرينة على عدم الحكم على المرشح للوظيفة فى جناية أو جريمة مخلة بالشرف، الا أن هذه القرينة ليست قاطعة بل يمكن اثبات عكسها، واذا ما ثبت لجهة الادارة بأى طريق آخر عدم صحة ما جاء بصحيفة الحالة الجنائية، وبالتالى تخلف ذلك الشرط فى المرشح للوظيفة، فانه يتعين عليها الأمتناع عن تعيين المرشح، أو تصحيح الوضع ان كانت قد أصدرت قرار التعيين، انزالا لحكم القانون،........".

- ويرتبط بهذا التساؤل عن مدى التزام طالب العمل أو العامل فى احاطة رب العمل علما بادانته سواء السابقة على التحاقه بالخدمة - خاصة ما لم يظهر منها فى صحيفة الحالة الجنائية - سواء ما يقع منها أثناء سريان عقده؟

أما طالب العمل:- فانه من جهة صاحب العمل فان مقتضى مبدأ الحرية التعاقدية فى مبدأ التعاقد وفى اختيار شخص المتعاقد، أن له حق طلب كل البيانات عن طالب العمل التى تعينه على تكوين اختياره.

---

(١٦٩) أ.ع ٩٢٤ لسنة ١٢ فى ١٩٦٩/٤/١٩ س ١٤ ص ٦١٠، مشار اليه فى عبد الوهاب البندارى، ص ٣١٥، قبل صدور قانون العاملين المدنيين الجبرية بما تضمنته فى م ٧/٩٤ - ف مجلس الدولة رقم ٧٨٥ فى ٥٦/٩/١ س ٩ ص ٣٥٦.

هذا الحق فى طلب البيانات يتقيد بقيدين:

الأول : الا يكون بينها ما يؤدى الى التمييز المحظور تشريعيا، بما يتضمنه من انكار للحريات الأساسية المعترف بها دستورا وقانونا للمواطن. وفى تأكيد ذلك نصت م ٤٠ من الدستور المصرى بأن "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أوالدين أو العقيدة".

وورد فى م٤٧ من ذات الدستور "حرية الرأى مكفولة" وورد فى م ٦٦ عمل "يجب على المحكمة أن تقضى باعادة العامل المفصول الى عمله اذا كان فصله بسبب نشاط النقابى".

وورد فى الاتفاقية الدولية ١٩٥٨ والتى وافقت عليها فرنسا حتى ١٩٨١ على أنه يحظر كل تمييزفى مجال الوظائف بسبب الأصل - اللون - الجنس - الدين - الرأى السياسى - الأصل الاجتماعى.

وورد من مقدمة الدستور الفرنسى ١٩٤٦ بأنه لا يجوز أن يضار أحد فى عمله ووظيفته بسبب أصله أو أرائه أو معتقداته(١٧٠).

---

(١٧٠) Art 416. C.L. Loi du 1er Juill 72 Sanctionne le refus d'embauchage ou de licenciement - à raison de l'origine, de l'appartenance ou non a une ethnie, une nation, une race ou une religion determinée."
L 412 c. Trav. loi 27 avril 56.
حيث يحظر أن يكون للإنتماء أو النشاط النقابى تأثير على تعيين العامل أو نظامه الوظيفى أو جزاءاته التأديبية بما فيها الفصل.
L. 122 - 35c. Trav. تحظر أن تتضمن اللوائح الداخلية ما يضر العامل فى وظيفته أو عمل بسبب جنسه أو اخلاقه أو مركزه العائلى أو أصله أو آرائه أو معتقداته الدينية أو اعاقته، طالما تساوت كفائته المهنية مع غيره من العمال. L. 122 - 45c. Trav. حيث يحظر أن يصدر الجزاء التأديبى أو الفصل التأديبى استنادا لأحد هذه الدوافع المحظورة فى التمييز بين العمال.

الثانى: الا يكون من بين هذه البيانات ما يتصل بالحياة الخاصة لطالب العمل ما لم يكن منها ما يعتبر ذو صلة مباشرة وضرورية بالنشاط المهنى لطالب العمل.

وفى ذلك قضى(١٧١) بأن:

"Le questionnaire d'embauchage ne saurait concerner les domaines qui n'ont pas de lien direct et necessaires avec l'activite' profissionnlle du candidat à l'emploi".

فيما وراء هذين القيدين، فان رب العمل حر فى طلب أى بيانات من طالب العمل، تمكنه من التعرف على شخصيته وقدراته - تحصيله العلمى وخبراته السابقة - وحسن سيره وسمعته ويدخل فى ذلك الحق فى الاطلاع على صحيفة حالته الجنائية وكذا كل بيان - ولو أتصل بحياته الخاصة(١٧٢) - تستلزمه طبيعة الوظيفة المزمع اسنادها اليه، لأن كل هذا من عناصر الحكم على صلاحية طالب العمل(١٧٣).

= art L 123 - 1; L 140 - 2.
V. Camerlyneck - Lyon - Caen, J. Pelissier: Précis Dalloz. droit du Travail 12 e ed. P. 190 - 196; Jean claude Javillier: manuel du droit du Travail L.G.D.J. 1988; A. Brun. H. Galland: dr. du Travail 2e ed. 78 P. 504 - 505; propositions de la C.G.T. Francaise: Dr. o. août 1981 P. 277.

(١٧١) Cass. 17 - 10 - 73. J. C.P. 74 V 17698 note saint J.; Michel Despax - J. Pelissier "la jestion du persnnel" T. 1 ed. Cujas P. 60; V. Lamy Soc. ed. 1984 V. rubrique embauchage N. 17; A. Brun - H. Galland op.cit., P. 513 - 514. "l'employeur ne peut exercer un droit de regard sur des éléments intimes d'ordre strictement Privé".

(١٧٢) شأن تحرى العقيدة الدينية أو الحالة العائلية لطالب العمل كمدرس فى مدرسة كاثوليكية. أو تحرى الاتجاه السياسى لطالب العمل كصحفى فى جريدة حزبية.

(١٧٣) V. Michel Despax - J. Pelissier op.cit. T.1 P. 60 "le droit du salarie au respect de sa vie privée ne droit pas mettre l'employeur dans l'impossibilité de se renseigner d'une facon précise sur les aptitudes, les

وهذا هو ما يفسر أن من بين مسوغات التعيين فى قانون العاملين المدنيين بالدولة(١٧٤) : صحيفة الحالة الجنائية لاثبات عدم سبق الحكم بعقوبة مانعة من التعيين.

- ما يثبت أنه محمود السيرة حسن السمعة. كما ورد بقرار وزير العمل رقم ٨٢/٣٣ باصدار اللائحة النموذجية لتنظيم العمل فى م١ منه أن: "كل طلب استخدام يقدم للمنشأة ينبغى أن يكون مصحوبا بالشهادات والأوراق الآتية:-

ى- شهادة الحالة الجنائية

وعلى العامل أن يقدم كذلك كافة المستندات الأخرى التى تطلبها منه المنشأة.

وكل تغيير يطرأ على البيانات الخاصة بالعمال يجب الاخطار عنه كتابة بالبريد المسجل بعلم الوصول خلال مدة لا تجاوز ثمانية أيام من تاريخ حصوله والا تعرض للجزاء المترتب على ذلك. "كما ورد بالمادة الثانية من نفس القرار" اذا ظهر بعد التعيين أن العامل قدم بيانات أو قرارات أو توصيات أو شهادات غير صحيحة تتخذ اجراءات مساءلته وتعتبر فى هذا الشأن كافة البيانات والمستندات المشار اليها فى المادة السابقة جوهرية فى التعيين".

= antécedents et la formation interieure".; V. Contre: soc. 25 avril 1990: cah. soc. 1990, A 38: le salarié n'avait pas l'obligation, lors de son embauchage, de faire mention d'antécedents judiciaires; ainsi le fait q'un salarié ait dissimulé lors de son embauchage une condamnation pénale antérieure ne constitute pas un cause réelle et sérieuse de licenciement".

(١٧٤) أنظر م ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٧٨/٤٧ - قرار لجنة شئون الخدمة المدنية رقم ٧٨/٢ - قرار لجنة شئون الخدمة المدنية رقم ٧٨/٢ منشور فى الوقائع المصرية ٧٨/٩/٢٥ ع ٢٢٠.

وعلى ذلك فإن كذب طالب العمل بتقديمه بيانات أو شهادات غير صحيحة عن حالته الجنائية يعتبر تدليسا، يستطيع صاحب العمل الاستناد اليه لابطال العقد خلال ثلاث سنوات من انكشاف التدليس له (م ٢/١٤٠ مدنى) على اعتبار أن التدليس بالكذب أنصب على بيان جوهرى ما كان صاحب العمل ليبرم العقد لو علم بحقيقته. بالنظر لما يتميز به عقد العمل من اعتبار شخصى وبالنظر لأهمية الحالة الجنائية فى بناء الثقة فى طالب العمل. سواء صدر التدليس من العامل ردا على الأسئلة الموجهة اليه من صاحب العمل عن حالته الجنائية التى تضمنتها صحيفة الحالة الجنائية[١٧٥] أو التى لم تتضمنها[١٧٦]. سواء صدر التدليس فى صورة تطوعه ببيانات اضافية غير صحيحة عن حسن سمعته لم يطلبها رب العمل[١٧٧].

سواء كانت الادانة- أو الجريمة فى حالة عدم صدور الحكم بعد- صادرة بمناسبة جريمة من الجرائم الموصوفة (م ٦٠/٧-/٦٧ عمل) والمعتبرة خطأ تأديبيا أو كانت فى غير ذلك من الجرائم لما هو معلوم من عدم انحصار الخطأ التأديبى فى صور محددة، وارتباطه بطبيعة الوظيفة ومتطلبات العمل وهدف المشروع وهو ما يكون محل تقدير فى كل حالة على حدة.

---

(١٧٥) كما إذا توصل عن طريق إنتحال إسم شخص آخر إلى التحصل على صحيفة حالة جنائية لا تخصه، أو إذا ما زور فيها.

art 774 c. P. P. Fr.
"Une personne qui, en prenant un fause nom, ou une fausse qualité, se ferait deliver un extrait de casier judiciaire autre que le sien..".

(١٧٦) حيث توافر فى الإدانة الصادرة تجاهه شروط عدم ادراجها فى صحيفة الحالة الجنائية كسابقة أولى. أو حيث يكون قد ارتكب جريمة لم تصل بعد إلى علم السلطات أو اثناء التحقيق معه فيها وقبل رفع الدعوى العمومية.

(١٧٧) م ٢ من اللائحة النموذجية لتنظيم العمل بالقرار ٨٢/٣٣.

أضف الى أن المشرع أعتبر انتحال العامل شخصية غير صحيحة أو تقديمه شهادات أو توصيات مزورة من قبيل الخطأ التأديبى المبرر للفصل المشروع (م ١/٦١ عمل)(١٧٨). لكن هل نستطيع أن نعتبر ما يصدر من طالب العمل من كتمان ما صدر ضده من ادانة لم تظهر فى صحيفة الحالة الجنائية- ولو لم يسأل عنها- من قبيل التدليس؟

قد يبدو ذلك باعتباره من باب السكوت عمدا عن واقعة جوهرية ما كان صاحب العمل ليبرم العقد لو علم بها- لما لها من تأثير على ثقة العامل وصلاحيته- خاصة أن صاحب العمل ما كان يستطيع أن يعلم بها من غير المتعاقد نفسه، وبالتالى يكون كتمانها متعارضا مع مقتضيات حسن النية فى التعاقد.

الا أننا لا نميل الى اعتباره كذلك، على اعتبار أن تنظيم المشرع لصحيفة الحالة الجنائية وما يدرج فيها وما لا يدرج، يجعل ما يثبت فى صحيفة الحالة

---

(١٧٨) من جانبنا نفضل استخدام آلية الإبطال المخصصة لمواجهة شروط الصحة المصاحبة لابرام العقد، بينما الانهاء بالارادة المنفردة استنادا للخطأ التأديبى يواجه ما يطرأ بعد ابرام العقد.

- أنظر د. على عوض حسن - الوجيز فى شرح قانون العمل الجديد - ١٩٨٢ ص ٣٣٠ حيث يقرر أن لصاحب العمل فى هذه الحالة ابطال العقد للتدليس أو الغلط كما أن له أن يستخدم الحق فى الفسخ أو الانهاء. من جانبنا: نرى أن هذا ليس هو مقام التمسك بالغلط. لأن الغلط هو توهم تلقائى للمتعاقد حول وجود أو تخلف صفة جوهرية بينما فى حالتنا هذه نحن أمام تدليس.

كما نرى أنه ليس مقام التمسك بالفسخ لأن الفسخ لهو جزاء اخلال المتعاقد بإلتزام تعاقدى من التزامات العقد الذى أبرم صحيحا. بينما ما صدر من المتعاقد فى حالتنا عاصر ابرام العقد ولا علاقة له بتنفيذه.

الجنائية هو نطاق المعلومات التى يلزم طالب العمل بتقديمها وعدم اخفائها. ودليل ذلك أن تقديم هذه الصحيفة بما تتضمنه وفقا للشروط القانونية لتسجيل الأحكام هى مسوغ التعيين، بحيث يترك ما عداها من بيانات مما لم يظهر فى صحيفة الحالة الجنائية لاتفاق الطرفين. بحيث اذا سأل عنها صاحب العمل صراحة، تعين على طالب العمل تحرى الصدق فى الاجابة عنها وكذا اذا ما تطوع بهذه المعلومة، مما لم يظهر فى صحيفة الحالة الجنائية.

أما حيث يكتفى صاحب العمل فى تكوين عقيدته عن صلاحية العامل بما هو مثبت فى صحيفة الحالة الجنائية، فنرى الا يعتبر كتمانه وسكوته عن ما لم تتضمنه صحيفة الحالة الجنائية من باب التدليس(١٧٩).

أما عن التزام العامل باحاطة رب العمل علما بما صدر عنه من جرائم أو صدر تجاهه من ادانة أثناء سريان عقده، فإنه فى الواقع فرض مدرسى. لأنه لا يوجد ما يمنع صاحب العمل اذا ما أكتشف تورط العامل فى جريمة من الجرائم- التى وقعت منه أثناء سريان عقده والتى يعتبر ارتكابها خطأ تأديبى- مفترض تشريعيا أو يعتبره هو لذلك تحت رقابة القضاء- أن يستند اليها لانهاء عقده بالفصل أو الفسخ. الا أننا نرى فى نفس الوقت أن العامل وان التزم بالامتناع عن كل ما يتعارض مع مقتضيات وظيفته أو يخل بحسن سير العمل فى المشروع- سواء كان له وصف الجريمة أو لم يكن - الا أنه

(١٧٩) Cass. soc. 25 avril 1990 G. P. 1990 Panorama P. 183" ... il était reproché à un salairé, ... d'avoir dissimulé, lors de son embauche une condamnation pénale antérieure, les juges du fond, aprés avoir relevé que celeui - ci n'avait pas l'obligation de faire mention d'antécedents judiciaires, en ont justement déduit que son silence n'avait pas un caractère dolosif et ont, par une décision motivée, décidé dans l'exercice des pouvoirs qui ils tiennent de l'art 122 - 14 - 3 c. Trav. que le licenciement ne procedait pas d'une cause réelle et sérieuse".

ليس من واجباته القانونية أو من مقتضيات حسن النية أن يبلغ صاحب العمل عما صدرعنه من مخالفات ما لم تكن احاطة صاحب العمل علما بكل ما صدر منه أثناء عمله هى من ضمن ما صدر له من أوامر تنظيمية(١٨٠).

مطلب ثالث
العوارض المؤثرة على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة

فى المقابل لما سبق قد يعقب حكم الادانة ما يعتبره القانون ذو أثر على الوجود القانونى لحكم الادانة أو على دلالته بالنسبة للمستقبل. وهو ما يعرض في شأن رد الاعتبار وانقضاء فترة وقف تنفيذ العقوبة دون الغائها. والعفو الشامل عن الجريمة. وهو ما سنعرض اليه فى هذا المطلب لتقصى انعكاسه على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة فى المجال التأديبى.

أولا: رد الأعتبار

ادراكا من المشرع بأن القانون التأديبى رغم ذاتيته واستقلاله، يتأثر أحيانا بالقانون الجنائى فى خصوص تحديد الخطأ التأديبى(١٨١) وفى تحديد مفهوم

---

(١٨٠) Cass. soc. 8 juin 79 J.C.P. 80 II 19441 obs. christian atias. "le salarié a commis une faute grave dés lors qu'aprés avoir heurté une voiture au cours d'une manoeuvre sur un aire de stationnement, il ne s'est pas fait connaitre à la victime et n'en a pas rendu compte à l'employeur ainsi qu'il y est tenu à chaque retour de voyage, et qu'il a été poursuivi pour délit de fuite, l'employeur était cité comme civilement responsable".

(١٨١) حيث أقام قانون العمل – م ٦١ – م ٦٧ – وقانون العاملين المدنيين بالدولة – م ٧/٩٤ – وقانون العاملين بالقطاع العام – م ٧/٩٦ – وقانون شركات قطاع

حسن السيرة والسمعة كمستلزم للتعيين(١٨٢).

الأعمال العام – م ٤٥ – قرينة قاطعة على الخطأ التأديبى المبرر للانهاء على الحكم بالادانة فى احدى الجرائم الموصوفة بالنص.

(١٨٢) المستلزم صراحة فى م ٢/١٦ (٧٨/٤٨) وفى م ٢/٢٠ (٧٨/٤٧) والنتيجة الطبيعية لحرية التعاقد فى مجال قانون العمل.

ذلك أنه برغم مرونة واتساع مفهوم حسن السيرة والسمعة الى ما يتجاوز ارتكاب المحرم أو المجرم إلى البعد عن كل ما يجلب الدنية وعن مواطن الشبهات والريب ومحقرات الأمور ومزرياتها فيما يعد من كل هذا مناقضا للثقة الواجبة والاحترام المستلزم بحسب طبيعة الوظيفة والعمل. فإنه الذى لا شك فيه أن ارتكاب الجرائم سواء ما يدرج منها فى صحيفة الحالة الجنائية – سواء تلك الموصوفة كخطأ تأديبى مم ٦١ عمل – يدخل فى تقدير حسن السيرة والسمعة بحسب طبيعة كل وظيفة ومقتضياتها. أضف إلى أن مستوى حسن السيرة والسمعة يتفاوت تبعا للوظيفة وخطورتها ومسئولياتها (ادارية عليا ٦٢/١١/١٠ مشار اليه فى د. محمود حلمى – المرجع السابق ص ٦٣.

على أن يكون مفهوما أن التدليل على سوء السمعة يحتاج إلى وجود دليل قاطع على تحقق الواقعة ونسبتها للعامل التى استخلص منها أنها تلقى ظلالا من الشك والريبة على سمعته لأن الأصل هو حسن السير والسلوك ما لم يثبت العكس (د. محمد أنيس قاسم جعفر – الوسيط فى القانون العام – ١٩٨٤ ص ٣٣٦.

وهذاما تؤكده الأحكام من ضرورة استناد الادعاء بفقد الثقة على اعتبارات موضوعية يمكن التحرى منها وليس على مجرد شائعات لا سند لها أو تسمعات متناقلة بغير تأسيس.

Cass. soc. 9 Janv. 91; cass. soc. 7 mars 91, G.P. 91 No 5 Pan. 251.

إلا أنه يراعى أن القضاء أختلف فيما يعتبره من الاعتبارات الموضوعية التى يمكن الاستناد اليها لاستخلاص سوء السمعة.

– فبعض الأحكام اعتبرت الضجة الاعلامية الصحفية المصاحبة لتقديم العامل للمحاكمة من باب الاعتبارات الموضوعية الكافية للاستناد اليها للقول بفقه الثقة فى العامل برغم صدور الحكم ببراءته لعدم كفاية الأدلة.

Cass. soc. 12 mars 91 G.P. 91 Pan. 251.

Cass. soc. 7 mai 69 D. 69 J 5; Cass. soc. 8 oct. 70 D. 71 somm. 68.

– إلا أنه لا يشترط فى الاعتبار الموضوعى أن يصل لمستوى الحكم الجنائى، طالما أن الواقعة التى استفيد منها سوء السمعة ثابت نسبتها للعامل وان لم يكن لها طابع جنائى. ادارية عليا ١٩٦١/٥/٢٠ – مشار اليه فى د. محمد مختار عثمان – المرجع السابق – ص ١٢٢ – بل قد يكون لها طابع مشروع طالما أن اتيانها يتعارض مع مقتضيات الوظيفة. أنظر أمثلة لما فرضته م ٥٢ من القانون ٥٨ لسنة ٧١ من واجبات على العامل.

– أنظر أمثلة قضائية فيما أعتبر مخل بحسن السمعة: كل ما يتضمن مخالفة للقيم الدينية السائدة كما هو الحال فى اصطحاب موظف لزميلة إلى شقة أحد العزاب والانفراد بها بعض الوقت.

وتقديرا من المشرع لما يتعرض له المحكوم عليه بحكم جنائى نهائى بالادانة - خاصة فى شأن الجرائم الموصوفة بالنص كخطأ تأديبى(١٨٣) - من حرمانه من الحقوق والمزايا والتأثر سلبيا به فى نطاق الحياة المهنية على مستوى البقاء فى الوظيفة أو الالتحاق بها.

وأنه اذا كان تحميل المحكوم عليه بهذه الآثار السلبية كنتيجة للادانة مما تقتضيه العدالة، باعتبار أن الادانة - خاصة فى هذه الجرائم - تعتبر كاشفة

= - المهم فى رأينا أن تكون الواقعة المنسوبة للعامل والمستفاد منها سوء السمعة ثابتة فى حق العامل وليس مجرد شبهة. كل ما فى الأمر أن الواقعة التى يستفاد منها سوء السمعة والخروج على كرامة الوظيفة تختلف بحسب العُرف العام وحسب طبيعة الوظيفة وما يحكم المجتمع من أخلاقيات وتقاليد.

وفى ذلك تقرر المحكمة الادارية العليا فى ٦١/١٢/٢ س ٧ ص ٧٣ "هو شرط عند الالتحاق بالخدمة وكذلك شرط لازم قيامه أثنائها، والموظف الذى يتسم بسوء السيرة، من حق الادارة، بل من واجبها، أن توقع عليه العقوبات التى تراها محققة للصالح العام، وذلك متى اطمأنت واقتنعت بصحة ما نسب الى الموظف من أمور تخدش السمعة والسيرة.

كأنه يشترط فى الواقعة محل الاستدلال أن تكون قطعية الثبوت وان لم تكن قطعية الدلالة فيكتفى فى دلالتها أن تكون ظنية بأن تكون مما يستفاد منها القائها بظلال من الشك والشبهة القوية على سوء السيرة والسمعة. - أنظر فى أمثلة من الوقائع التى أستفيد منها الاساءة للسمعة - سليمان محمد الطماوى. القضاء الادارى. قضاء التأديب - ١٩٨٦ - ص ١٩٤ ٢١٠.

حكم فرنسى هام

Cass. soc. 10 Oct. 91 G.P. 91 No6 som. 320 " ni les souspçons, ni les rumeurs visant le salarie´ et non ´etayes sur des faits precis, ne pouvaient cônstituter une causse réelle et sérieuse de lic.".

- أنظر فى نعى حكم محكمة ادارية - الاسكندرية - بالغاء قرار رئيس جامعة الاسكندرية فيما تضمنه من تخطى أحد المتفوقين فى التعيين بوظيفة معيد بحجة اعتراض جهة الأمن على تعيينه بدون وقائع محددة. منشور فى الأهرام فى ٩٢/٨/٨ ص ١٥.

(١٨٣) هذه وان لم يرد النص عليها فى قانون العمل كمانع للتعيين - شأن ما ورد فى قانون العاملين المدنيين بالدولة أو العاملين بشركات قطاع الأعمال العام - فانها تعتبر لذلك قياسا على اعتبارها خطأ تأديبيا مبررا للانهاء (م ٦١ - م ٦٧ عمل).

عن انحراف فى سلوك المحكوم عليه عن جادة الصواب وخروجا عن الناموس الاجتماعى العام للمجتمع والخاص للمشروع بما يصم صاحبه بسؤ السمعة والسلوك. فإن العدالة نفسها تقتضى الا تظل وصمة الاجرام لاحقة للأبد بالمحكوم عليه، حيث ينبئ سلوكه خلال مدة معقولة - تتناسب مع ما أرتكبه من جريمة - عن توبة وعود للصراط المستقيم ورغبة فى الالتئام مع الهيئة الاجتماعية، واحترام الناموس الاجتماعى. بحيث يثبت أن تنفيذه للعقوبة كان تطهيرا له أكده بسلوكه السوى أثناء تنفيذها وبعده. وهو ما يدفع المجتمع لأن يغض الطرف عن ادانته السابقة ويفتح له باب الحياة الشريفة كمواطن عادى بحيث يعامل فى مستقبل أيامه كأن لم يصدر تجاهه حكما بالادانة من قبل.

القول بغير هذا فيه من ناحية: تضييع للفرد لكبوة كباها ومن ناحية أخرى: خطورة على المجتمع حيث ينقلب المحكوم عليه وبالاعليه لا يردعه رادع أو يحدوه أمل. والله العليم الخبير بما يصلح عباده،فتح باب التوبة أمام العاصين، وهو القائل فى محكم كتابه فى من كان حربا على المسلمين "فان أنتهوا فان الله غفور رحيم[184] ثم القائل فى شأن الذنوب عموما "والذين اذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فأستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب الا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهو يعلمون"[185] والقائل " انى غفار لمن تاب وآمن وعمل صالحا ثم أهتدى". وهو ما أكده الرسول عليه الصلاة والسلام فيما روى عنه من أن "الحدود كفارات لأهلها".

---

(١٨٤) سورة البقرة آية ١٩١.
(١٨٥) آل عمران آية ١٣٥

ذلك هو ما ترجمه المشرع فيما يعرف برد الأعتبار (م ٥٣٦ - ٥٣٣ اجراءات جنائية). والذى يقوم أساسه على أنه قد تبين سواء بطريقة فعلية[١٨٦] أو بطريقة حكمية[١٨٧] أن المحكوم عليه، بعد تنفيذ العقوبة عليه أو صدور عفو عنها أو سقوطها، قد صلح أمره والتزم السلوك السوى بحيث ثبتت جدارته فى أن يغض الطرف فى مستقبل ايامه عما صدر تجاهه من حكم بالادانة. بحيث يعتبر رد اعتباره اليه بمثابة اعتراف من المجتمع بصلاح المحكوم عليه وعدوله عن سبيل الاجرام بما يستحق معه ازالة وصمة الادانة عنه وتمكينه من استعادة وضعه كمواطن عادى. هذا نفسه هو ما عبرت عنه المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٣١[١٨٨]. "إن الحكم بعقوبة جناية أو جنحة يؤدى إلى الانتقاص من شخصية المحكوم عليه، ويحول دون استعادة مكانته السابقة فى الهيئة الاجتماعية، ودون الوصول إلى مركز شريف، لأن الحكم بالعقاب فى غالب الأحوال يتبعه الحرمان من بعض الحقوق السياسية والمدنية ويسجل فى قلم السوابق فيتعذر على المحكوم عليه الاندماج ثانية فى الهيئة الاجتماعية، وليس من العدل أن

---

(١٨٦) وهو ما يتم بمناسبة رد الاعتبار القضائى الذى تتمتع المحكمة فى تقريره بسلطة تقديرية اذا رأت ان سلوك الطالب منذ صدور الحكم عليه يدعو الى الثقة بتقويم نفسه، مستعينة فى تقديرها هذا بتقرير النيابة العامة الذى تبين فيه سلوك الطالب أثناء وجوده فى السجن وسلوكه بعد تنفيذ العقوبة أو العفو عنها أو سقوطها.
بحيث اذا رفض طلب رد الأعتبار بسبب راجع الى سلوك المحكوم عليه، فلا يجوز تجديده الا بعد مضى سنتين.

(١٨٧) وهو ما يكون فى شأن رد الأعتبار القانونى الذى يقدر فيه حكما، انصلاح شأن المحكوم عليه وأحقيته لرد الأعتبار بغير طلب أو حاجة لحكم قضائى - من مرور المدة الطويلة - أطول من المدة المستلزمة فى حالة رد الاعتبار القضائى م ٥٥٠ اجراءات - على تنفيذ العقوبة أو العفو عنها أو سقوطها دون أن يصدر على المحكوم عليه حكما مما يحفظ فى صحيفة الحالة الجنائية. - أرجع د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٨٩١ - أنظر نقض ١٩٤٢/٦/٢٢ مجموعة ق١٠ "إن اعادة الاعتبار للمحكوم عليه معناه عده نقى السيرة حسن الخلق...".

(١٨٨) المشار اليها فى د. رؤوف عبيد - المرجع السابق ص ٨٨٦.

يحرم شخص من أن يتبوأ فى الهيئة الاجتماعية المكان اللائق بكل وطنى صالح إذا بذل مجهودا جديا ليهتدى، وأقام الدليل على هذا بحسن سيرته مدة طويلة. على أن من مصلحة الهيئة الاجتماعية نفسها أن يندمج فيها المحكوم عليه الذى تاب وصلح حاله، ولذلك قررت غالب الشرائع أحكاما لرد اعتبار المحكوم عليهم ...".

لهذا الأساس المتمثل فى تقدير انصلاح سلوك المحكوم عليه وعودته للصراط السوى والهدف منه المتمثل فى اعطاء المحكوم عليه فرصة فى الالتئام بالهيئة الاجتماعية واستعادة وضعه كمواطن عادى، أثرهما فى تحديد نطاق الآثار المترتبة على رد الاعتبار.

ذلك ما تكلفت به م ٥٥٢ اجراءات جنائية بنصها على أنه "يترتب على رد الاعتبار محو الحكم القاضى بالادانة بالنسبة للمستقبل، وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية".

مقتضى هذا أنه ليس لرد الاعتبار من أثر على ما استند فيه الى حكم الادانة فى الماضى قبل صدور رد الاعتبار سواء فيما حرم منه المحكوم عليه من رتب أو نياشين أو فيما استند إليه لانهاء خدمة العامل أو الموظف. بحيث يظل هذا الانهاء قائما ومشروعا.

ذلك مرده أن ما ترتب من آثار ونتائج على حكم الادانة قام تأسيسا على القرينة القاطعة بانحراف سلوكه وعدم صلاحيته وهو ما لم ينكره أو يقصد محوه رد الاعتبار(١٨٩).

أما بالنسبة للمستقبل، فلقد قصد به أن يصبح المحكوم عليه ابتداء من رد الاعتبار اليه فى مركز من لم تسبق ادانته بحيث لا يجوز حرمانه من حق أو من وظيفة استنادا لحكم الادانة الصادر عنه رد الاعتبار ذلك ما لم يوجد نص صريح بذلك (١٩٠). وهو ما يتفق مع أساس رد الأعتبار من تقدير انصلاح حال المحكوم عليه بما لا مساغ معه لملاحقته بوصمة الادانة الصادر عنها رد الأعتبار.

---

(١٨٩) محمود نجيب حسنى – المرجع السابق – ص ٨٩٨، د. أحمد فتحى سرور – المرجع السابق – ص ٨١٦ – د. رؤوف عبيد – المرجع السابق ص ٨٩٤، د. مأمون سلامة – المرجع السابق – ص ٦٥١، د. محمد زكى أبو عامر – المرجع السابق – ص ٦١١، المستشار عبد الوهاب البندارى – المرجع السابق – ص ٥٤١ "رد الاعتبار لا ينال من الأحكام أو الغرامات الصادرة من السلطات التأديبية ولو كانت مترتبة على الجريمة الجنائية ذاتها التى كانت موضوع الحكم الجنائى. أنظر ج. فى ١٩٦٨/١١/٦ ملف ٤٣٧/٤/٨٦.

(١٩٠) حيث ينص القانون فى بعض الأحيان صراحة على حظر التعيين فى وظائف معينة بالنسبة لمن يكون قد حكم عليه من المحاكم أو المجالس التأديبية لأمر مخل بالشرف ولو كان قد رد اليه اعتباره وذلك لحساسية هذه الوظائف وما تتطلبه فى القائم بها من البعد عن كل شبهة مثال ذلك ما نصت عليه م ٣٨ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية وم ٧٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

أو ينص على أنه لا يجوز تعيين من سبق الحكم عليه من المحاكم أو من مجالس التأديب لأمر مخل بالشرف، بما يفهم منه أن الخظر يستمر ولو صدر رد الأعتبار – أنظر قانون تنظيم السلك الدبلوماسى والتنظمى وقانون تنظيم هيئة الشرطة.

من الواقع والواقع لا يمحى ولئن أمكن أن تزول آثاره فعلا أو قانونا فان معانيه ودلالاته قد تبقى لتنبئ عنه ومن ثم فان الحكم برد الأعتبار لا يستطيع أن يزيل ما علق فى نفوس البشر وما قر فى قلوبهم نحو الجانى أو أن يغير من نظرتهم اليه أو يستعيد ثقتهم فيه أو يحملهم على الاطمئنان اليه.

ومتى كان ذلك فانه يكون قد فقد شرط حسن السمعة كشرط من شروط التعيين فى وظيفة المأذون "وفى نفس هذا الاتجاه قضت محكمة النقض(١٩٤).

"الحكم برد الأعتبار وان ترتب عليه.... محو الحكم القاضى بالادانة بالنسبة للمستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية، الا أنه لا يمكن أن يترتب عليه محو الجريمة فى ذاتها لأن ما حدث بالفعل قد أضحى من الواقع والواقع لا يمحى - على أنه وان أمكن أن تزول آثاره فعلا أو قانونا فان معانيه ودلالته قد تبقى لتنبئ عنه، والأمر فى ذلك - وبالنظر الى قانون المحاماة - تقديرى يرجع فيه الى الهيئة التى تفصل فى طلبات القيد. ولما كان رد الأعتبار لا يكسب الطاعن حقا خالصا فى القيد بجدول المحاماة لآن قانون المحاماة لم يدع كما فعلت بعض القوانين الى اغفال هذا النظر. بل يستوجب القانون فى من يقيد اسمه بالجدول أن يكون حسن السمعة حائزا بوجه عام على ما يؤهله للأحترام الواجب للمهنة. وهى ذات طابع خاص - ولا يلزم لتخلف هذا الشرط أن يثبت عدم الأهلية بحكم، فان اللجنة اذ رفضت قيد اللجنة الطاعن استنادا الى ما

---

(١٩٤) نقض ٦٩/١٠/١٣ س ٢٠ ص ٩٩٩ مشار اليه فى معوض عبد التواب - قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه أحكام النقض من ١٩٣١ الى ١٩٨٧ - دار المعارف ١٩٨٧ ص ١١٦٤

الأعتبار فى المقابل لا يكفى لتحقيق شرط حسن السمعة الذى يظل تقديره رهن بالسلطة التقديرية لجهة العمل[١٩٢].

مع ذلك فقد ذهب اتجاه فى القضاء جدير بالاشارة اليه، الى مشروعية الاستناد الى حكم الادانة السابق رد الاعتبار عنه لنفى حسن السيرة والسمعة عن طالب العمل فى بعض الوظائف الحساسة برغم اطلاق نص م ٢/٢٠ فى قانون العاملين المدنيين بالدولة، ودون حاجة لنص خاص شأن ما جاء فى بعض القوانين التى أشرنا اليها.

وفى هذا قضت محكمة القضاء الادارى[١٩٣] "أنه مما لا جدال فيه أن الحكم على شخص ما فى جناية قتل عمد من شأنه أن يسلبه حسن السمعة وينتقص من قدره بين الناس ويدعو الى عدم الثقة فيه أو الأطمئنان اليه.... وأنه ولئن كان الحكم برد الأعتبار يترتب عليه عملا بنص م ٥٥٥ من قانون الاجراءات الجنائية محو الحكم القاضى بالادانة للمستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية الا أنه لا يمكن أن يترتب عليه محو الجريمة فى ذاتها لأن ما حدث بالفعل قد أضحى

---

(١٩٢) أ.ع - دائرة أولى - ان الخبير المثمن الذى تقرر محو اسمه من سجل الخبراء المثمنين لا تقوم اللجنة المختصة باعادة قيده الا بعد بحث شامل لحالته وقت مزاولته المهنة وبعد محو اسمه من السجل فى ضوء البيانات والمعلومات التى تطمئن اليها بناء على السلطة التقديرية المخولة لها.
وقالت أن اللجنة اذا وجدت أن عودة الخبير لمزاولة المهنة يسئ اليها ويزعزع الثقة فى المشتغلين بها فلا تثريب عليها اذا رفضت. وأن رد الأعتبار فى الأحكام الجنائية الصادرة فى جرائم السرقة والنصب والتزوير والشروع فى ارتكابها، أو خيانة الأمانة، لا يكفى لتحقيق شرط حسن السمعة الواجب توافره للقيد فى هذا السجل.

(١٩٣) محكمة قضاء ادارى - دائرة استئنافية - الطعن ٢/٩٩٨ ق - ٧٢/٧/١٩ - س ٣ ص ٥٧٩ مشار اليه فى حمدى ياسين عكاشة - القرار الادارى فى قضاء مجلس الدولة - ١٩٨٧ ص ٤٥٧.

من الواقع والواقع لا يمحى ولئن أمكن أن تزول آثاره فعلا أو قانونا فان معانيه ودلالاته قد تبقى لتنبئ عنه ومن ثم فان الحكم برد الأعتبار لا يستطيع أن يزيل ما علق فى نفوس البشر وما قر فى قلوبهم نحو الجانى أو أن يغير من نظرتهم اليه أو يستعيد ثقتهم فيه أو يحملهم على الاطمئنان اليه.

ومتى كان ذلك فانه يكون فد فقد شرط حسن السمعة كشرط من شروط التعيين فى وظيفة المأذون "وفى نفس هذا الاتجاه قضت محكمة النقض(١٩٤).

"الحكم برد الأعتبار وان ترتب عليه.... محو الحكم القاضى بالادانة بالنسبة للمستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية، الا أنه لا يمكن أن يترتب عليه محو الجريمة فى ذاتها لأن ما حدث بالفعل قد أضحى من الواقع والواقع لا يمحى - على أنه وان أمكن أن تزول آثاره فعلا أو قانونا فان معانيه ودلالته قد تبقى لتنبئ عنه، والأمر فى ذلك - وبالنظر الى قانون المحاماة - تقديرى يرجع فيه الى الهيئة التى تفصل فى طلبات القيد. ولما كان رد الأعتبار لا يكسب الطاعن حقا خالصا فى القيد بجدول المحاماة لآن قانون المحاماة لم يدع كما فعلت بعض القوانين الى اغفال هذا النظر. بل يستوجب القانون فى من يقيد اسمه بالجدول أن يكون حسن السمعة حائزا بوجه عام على ما يؤهله للأحترام الواجب للمهنة. وهى ذات طابع خاص - ولا يلزم لتخلف هذا الشرط أن يثبت عدم الأهلية بحكم، فان اللجنة اذ رفضت قيد اللجنة الطاعن استنادا الى ما

(١٩٤) نقض ٦٩/١٠/١٣ س ٢٠ ص ٩٩٩ مشار اليه فى معوض عبد التواب - قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه أحكام النقض من ١٩٣١ الى ١٩٨٧ - دار المعارف ١٩٨٧ ص ١١٦٤

تبينته من ماضيه تكون قد أستعملت سلطتها فى التقدير الذى تقرها عليه المحكمة.

- هذا الرأى وان كان يفتقر للأساس القانونى فانه له فضل مراعاة الاعتبارات الواقعية.

أما عن كونه يفتقر للأساس القانونى: فانه فى مجال قانون العاملين المدنيين بالدولة والعاملين بشركات قطاع الأعمال العام يصطدم مع صريح النص فى اسقاط المانع من التعيين بالنسبة لمن رد اليه اعتباره على وجه لا استثناء عليه بما يشمل كل من رد اليه اعتباره أيا كانت الجريمة التى أدين بمناسبتها ولو كانت مخلة بالشرف(١٩٥) وأيا كانت الوظيفة التى يتقدم للتعيين فيها أيا كانت متطلباتها وطبيعتها.

وفى مجال قانون العمل، فان خلوه من نص على اسقاط المانع من التعيين بالنسبة لمن رد اليه اعتباره مقتضاه تطبيق القواعد العامة الواردة فى قانون الاجراءات الجنائية على النحو الذى فصلناه آنفا.

كما أنه يمتنع القياس على الوظائف التى ورد فى شأنها نص خاص على بقاء المانع من العيين رغم رد الأعتبار لأن الأستثناء لا يقاس عليه.

أما عن كون هذا الرأى له فضل مراعاة الأعتبارات الواقعية: فيتمثل فى أن نجاح التنظيم رهن بتحقيق التوازن بين مصلحة طالب العمل الذى رد اليه اعتباره فى تسهيل التئامه مع الهيئة الاجتماعية وفتح الأبواب أمامه ليعيش

---

(١٩٥) نقض ٣٢/١/٤ "نص القانون مطلق من كل قيد، يمكن أن يرد على الجريمة التى صدر من أجلها الحكم أو على العقوبة المحكوم بها. سواء أكانت الجريمة ماسة بالشرف أم غير ماسة به،... فالنص يشملها جميعا ولا يفرق بين نوع وآخر منها".

حياة سوية دون أن تلاحقه وصمة الادانة، وهو ما يقتضى من حيث المبدأ – فى مجال الحياة المهنية – اسقاط امكان الأستناد للأدانة الصادر عنها رد الأعتبار كمانع للتعيين وكأساس لالحاق سؤ السيرة والسمعة بصاحبها. الا أنه من ناحية أخرى الأمر يقتضى الأخذ فى الاعتبار بمصلحة صاحب العمل فى أن تكون له حرية اختيار الشخص المناسب للوظيفة داخل مشروعه وهو ما يقتضى من حيث حسن السياسة التشريعية تخصيص بعض الوظائف التى يظل فيها مانع التعيين قائما حتى بالنسبة لمن رد اليه اعتباره، لما تتميز به هذه الوظائف وما تتطلبه من درجة عليا من الثقة فيمن يتولاها بحيث يكون بعيدا عن كل شبهة أو ريب حول سمعته. هذه الوظائف تحديدها اما أن يتم وفقا لمعيار جامد شأن وظائف الادارة العليا – التى يقدر أن الأعتبار الشخصى فيها أظهر من غيرها – أو أن يتم تحديدها وفقا لمعيار مرن يستند فيه الى طبيعة الوظيفة ومقتضاياتها وحساسيتها حيث تتطلب درجة عليا من الثقة فيمن تسند اليه.

وفى جميع الأحوال الأمر يحتاج الى نص خاص يقرر من ناحية المبدأ الأساسى، الا وهو اسقاط مانع التعيين بالنسبة لمن رد اليه اعتباره بحيث لا يجوز رفض تعيينه استنادا لحكم الادانة الصادر عنه رد الاعتبار، ويقرر من ناحية أخرى الأستثناء المتمثل فى أنه فى شأن الوظائف ذات الحساسية أو ذات الطبيعة الخاصة يحتفظ صاحب العمل بحريته فى رفض تعيين طالب العمل استنادا لادانته السابقة – ولو رُد اليه اعتباره – دون حاجة لاقامة الدليل على سؤ سمعته.

هذا بالنسبة لطالب العمل، أما بالنسبة للعامل الذى ظل فى وظيفته ولم يفصل منها استنادا للحكم بالادانة الى حين رد اعتباره؟ فالفرض نادر، وان كان متصور بالنسبة لمن سقطت عنه العقوبة أو صدر عنها عفو.

وفى هذه الحالة يميز بين فرضين:

الأول: تحقق علم صاحب العمل بحكم الادانة قبل رد الاعتبار وفى هذا نحيل لما سبق أن درسناه فى شأن أثر تقادم العقوبة وأثر العفو عنها.

الثانى: حيث يتأخر علم صاحب العمل بالادانة الى ما بعد رد الأعتبار. فى هذه الحالة نرجح عدم امكان صاحب العمل الاستناد للادانة السابقة لفصل العامل، وذلك لمحوها واعتبارها كأن لم تكن برد الأعتبار. وهذه الآثار تتعلق بالنظام العام ولاتتوقف على علم صاحب العمل أو عدم علمه بالادانة السابقة.

فرد الأعتبار مؤداه عدم جواز اثبات الخطأ التأديبى فى حق العامل استنادا للادانة الصادر عنها رد الأعتبار. ولا يقال أن هذا الرأى مؤداه تطبيق رد الأعتبار بأثر رجعى على خلاف نص م ٥٥٢ اجراءات. ذلك أن الأثر الرجعى الممتنع هو محو انهاء عقد العامل المتحقق قبل رد الأعتبار استنادا للادانة السابقة أما حيث لم يستخدم صاحب العمل حقه فى الانهاء قبل رد الأعتبار لسبب أو لآخر فانه لا يكون قد مارس حقا يمتنع محوه به بل يكون قاصدا الأستناد لادانة جزدها القانون، من تاريخ رد الأعتبار، من كل أثر

قانونى(١٩٦). فهو من قبيل المركز القانونى الذى لم يكتمل والذى ينصرف اليه أثر رد الأعتبار بأثر فورى.

ثانيا: انقضاء الايقاف بغير الغاء حكم وقف تنفيذ العقوبة

رأينا فيما سبق أن الحكم بوقف تنفيذ العقوبة لا ينفى ادانة المحكوم عليه فى الجريمة(١٩٧) كما لا ينفى أن المحكوم عليه قضى عليه بالعقوبة، كل ما فى الأمر أن وقف التنفيذ حال دون تنفيذها.

كما أننا أعتبرنا فيما سبق أن وقف تنفيذ العقوبة ولو شاملا لجميع الأثار الجنائية يعتبر من قبيل العوارض غير المؤثرة على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة بما لا يمنع من الأستناد اليه كمانع للتعيين أو كسبب لانهاء

---

(١٩٦) أرجع المستشار البندارى - المرجع السابق - ص ٥٤٧ - ٥٤٨ فى عرض الخلاف حول ما اذا عين الشخص قبل أن يرد اليه اعتباره وظل فى الوظيفة حتى رد اليه اعتباره.
- ذهب رأى الى أن رد الاعتبار اللاحق للتعيين، لا يمنع من ضرورة سحب قرار التعيين لأنه وقع معدوما وبالتالى لا يصححه رد الأعتبار اللاحق باعتبار أن مقتضى سلطة الادارة المقيدة فى التعيين أنه لا يجوز تعيين من صدر تجاهه ادانة فى احدى الجرائم الموصوفة، وبالتالى فحيث تخالف الادارة مقتضى هذا القيد القانونى يكون قرار ها معدوما. انما يجوز تعيين الشخص المذكور تعيينا جديدا بعد رد أعتباره (فى ادارة الفتوى للجهاز المركزى للتنظيم والادارة بمجلس الدولة رقم ٦٣١٨ فى٦ /٧١/١٢. ملف ٥٦٩/٤/٩.
- بينما ذهب رأى اخر الى عدم جواز سحب قرار التعيين بعد زوال المانع من التعيين أى بعد اعتبار الحكم كأن لم يكن.
الجهاز المركزى للتنظيم والاداة بمجلس الدولة رقم ٤٨٦٧ فى ١٩٦٧/٧/٢٣ ملف ٦٨/١/١ - وفتواها بالملف ٥٨٣/٤/٩ فى ٧٠/١/٦ والملف رقم ٣٨٨٦/١/١ فى ٦٩/١٢/١٧..

(١٩٧) التى قد تمثل خطأ تاديبيا بنص القانون كما هو ورد فى م ٦١ - م ٦٧ عمل وم ٩٤/ ٧ من العاملين المدنيين. وم ٤٥ من قانون شركات قطاع الأعمال العام.

الخدمة، على خلاف ما أتجه اليه قانون العاملين المدنيين بالدولة وقانون شركات قطاع الأعمال العام ورأى جانب من الفقه والقضاء.

الا أنه مما لا ينكر أن الحكم بوقف التنفيذ يستند الى تقدير المحكمة أن ظروف المحكوم عليه – الواردة بالمادة ٥٥ عقوبات – تدعو إلى الاعتقاد إلى أنه لن يعود لمخالفة القانون وإلى عزم المحكوم عليه على الالتزام بجادة الصواب فى مستقبل أيامه(١٩٨).

مما يخلق لدى المحكوم عليه إرادة التأهيل، آملا فى أن يمحى من صحيفته الحكم بالادانة بحيث يتمكن بعد إنقضاء مدة وقف التنفيذ – دون الغاء الحكم بالوقف – أن يلتئم من جديد مع الهيئة الاجتماعية دون أن يكون ملاحقا بوصمة الادانة السابقة. هذا ما يدعو القانون إلى تقرير أن انقضاء فترة وقف تنفيذ العقوبة، بغير أن يصدر خلالها حكما بالغائه، يعتبر قرينة قاطعة على إنصلاح حال المحكوم عليه وإلتزامه بجادة الصواب مما يستحق معه أن يعتبر المجتمع الحكم الصادر عليه كأن لم يكن، وهو ما يعادل رد الاعتبار القانونى له بما يرتبه من آثار.

ولقد أشرنا فيما سبق إلى أن آثار رد الاعتبار فى المجال التأديبى تستند للقرينة القانونية بإنصلاح سلوك المحكوم عليه وإنتفاء سوء السمعة عنه. كما يسقط أساس نسبة الخطأ التأديبى إليه إستدلالا من إدانته التى

(١٩٨) أضف الى تقديرها أن مجرد الحكم بالعقوبة ولو مشمولة بوقف التنفيذ يحقق لدى المحكوم عليه الزجر والردع الخاص والإيلام المقصود من توقيع العقوبة والدافع للتأهيل الاجتماعى.

رد اعتباره عنها. القول بغير هذا يتعارض مع غرض المشرع فى إتاحة الفرصة من جديد أمام المحكوم عليه - الذى رد إليه اعتباره - للإندماج فى الهيئة الإجتماعية متحررا من ادانته السابقة.

وهو ما يترتب عليه أن يصبح المحكوم عليه من تاريخ انقضاء مدة الوقف، فى وضع من حصل على رد إعتباره. بحيث يعامل بأثر مستقبل من هذا التاريخ كأن لم يصدر تجاهه حكما بالإدانة(١٩٩)، لكن بغير محو لما استند فيه قبل ذلك للإدانة لأنه ليس لرد الاعتبار أثر رجعى.

نحيل إذن فى شأن آثار إنقضاء مدة وقف التنفيذ بغير الغاء الحكم بالوقف إلى ما قدمناه فى خصوص رد الاعتبار. وفى الجملة لا يجوز الاستناد للحكم بالادانة الذى اعتبر كأن لم يكن لنفى حسن السيرة والسلوك عن طالب العمل كما لا يجوز الاستناد إليه كمانع من التعيين على التفصيل السابق(٢٠٠).

كما أنه بالنسبة للعامل الذى لم يكن قد أنهى عقده أثناء فترة وقف التنفيذ، فإنه يمتنع إنهاء عقده إنهاء مشروعا - إستنادا لحكم الادانة الذى

---

(١٩٩) أضف إلى محو الحكم من صحيفة حالته الجنائية، زوال كل إحتمال لإلغاء وقف التنفيذ بالتالى زوال التهديد بتنفيذ العقوبة، وتزول كل العقوبات التبعية والتكميلية، ولا يصح الاستناد إليه كسابقة للعود.
أنظر فى ذلك محمود نجيب حسنى - ص ٨٣١ - د. محمد أبو عامر - ص ٥٧٥؛ . د. مأمون سلامة ص ٦٤٢، د. رؤوف عبيد ص ٧٠٣؛ المستشار البندارى ص ٣٠٧.

(٢٠٠) أنظر المستشار أحمد شوقى المليجى - المرجع السابق - ص ٤٨٠.

اعتبر كأن لم يكـن بإنقضـاء فترة الوقف دون الغـاء(٢٠١). ذلك أن الانهـاء يعتبر عندئذ مفتقدا لسببه وبالتالى يكون انهاء غير مشروع(٢٠٢)

ثـالثـا: العفو الشامل

ورد نص م ٧٦ ع مصرى على النحـو الآتـى "العـفو الشـامل يمنـع أو يوقف السير فى إجراءات الدعوى أو يمحـو حكم الادانـة. ولا يمـس حـقوق الغير إلا إذا نـص القانون الصادر بالعفو على خـلاف ذلك".

– اختلف الفقـه فى تكييف أثر العفو الشامل على الصفة الاجرامية للفعل الذى شمله العفـو.

فالبعـض(٢٠٣) يـرى أن العـفو الشامل يمحـو عن الفعل وصف الجريمـة بأثر رجعـى يعـود إلى وقت ارتكاب الفعـل. فى المقابل يذهـب رأى آخر أولـى

---

(٢٠١) أنظر د. محمود حـلمى ص ٣١٦ حيث أعتبـر أن القـرار الادارى بالعـزل من الخدمـة بعد انتهاء المدة المقررة لتنفيذ الحكم، إستنـادا للحكم الأصلى الصادر فى جنحـة مخلة بالشرف إنمـا هو قرار استند إلى حكم أعتبره القانون كأن لم يكـن، أى ساقطـا بكل أثـاره الجنائية. وبالتالى يكون القرار فاقدا لسببـه.

(٢٠٢) ولا يعتبر هذا اعمال لرد الاعتبار بأثر رجعـى. ذلك أن الأثر الرجعـى يتحـقق حيث يعاد النظر فيما استقر من نتائج واكتمل من مراكز قانونية قبل رد الاعتبـار. أما حيث يكون العامل لم يؤاخذ بعد عن إدانتـه السابقـة قبل اعتبار الحكم كـأن لم يكن لرد اعتباره، فإن إمتناع المؤاخذة إستنـادا لهذا الحكم – المعتبر كأن لم يكن – هو تطبيق للأثر الفورى لرد الإعتبار.

(٢٠٣) د. محمـود نجيب حسنى – شرح قانون العقوبات – القسم العـام – دار النهـضة العربية – ط ٥ – ١٩٨٢ ص ٨٩٩، د. رؤوف عبيد – مبـادئ القسم العـام فى التشريع العقابى – دار الفكـر العـربى ١٩٧٩ – ص ٨٧٤، د. مـأمون سلامـة – قانون العقوبات – القسم العام – دار الفكر العربى – ١٩٧٩ ص ٦٥٠، د. أحمد فتحـى سرور – الوسيط فى قانون العقوبات – القسم العام – دار النهضة العـربية – ١٩٨١ – ص ٦٠٥ ، د. محمد مختـار عثمان – الجريمـة التأديبية بين القـانون الادارى وعـلم الادارة العـامة – دار الفكـر العـربى ١٠٧٣ ص ١٩٩، المستشـار =

بالترجيح(٢٠٤)، إلى أن العفـو الشامل لا يلغـى النص المجـرم للفعل الذى شمله العفو، بل يظل نص التجريم على حاله ويظل الفعل، كما كان قبل العفو، مؤثما من الناحية الجنائية ومشكلا لجريمة فى حالة ارتكابه بعد صدور قانون العفو. إذ يقتصر العفو الشامل على التنازل عن حق المجتمع فى مؤاخذة الفاعل. وهو ما يأخذ مظهـر تعطيل أحكام قانون العقوبات والاجراءات الجنائية بمناسبة الفعل الذى شمله العفو، وذلك بمحو النتائج الجنائية المترتبة عليه أو التى كانت لتترتب عليه لولا قانون العفو. فهو تنازل عن الحق فى العقاب عن الوقائع الإجرامية المحددة بقانون العفو بغير محو لوضعها الاجرامى فى ذاتها سواء بالنسبة للماضى أو المستقبل وبالتالى يعتبر العفو الشامل بمثابة تعطيل استثنائى للنتائج الجنائية لنص التجريم عن الأفعال المرتكبة فى فترة معينة مع بقائه موجودا.

يترتب على ذلك أنه لا يجوز بعد إذ صدر العفو الشامل أن يتخذ أى اجراء من اجراءات التحقيق فى مواجهة من شمله العفو بصدد الجريمة التى صدر العفو عنها، وإذا كان التحقيق قد بدأ تعين على النيابة العامة أو قاضى التحقيق أن يصدر قرارا بالأوجه لاقامة الدعوى.

= عبد الوهاب البندارى - المرجع السابق، ص ٥١٧، د. خميس اسماعيل - المرجع السابق - ص ٣٠، د. محمود حلمى - المرجع السابق - ص ٣١٩.

(٢٠٤) د. محمد زكى أبو عامر - قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية - ط ١ ١٩٨٦ ص ٦٠٥، د. محمود مصطفى.

ويمتنع رفع الدعوى العمومية عن هذا الفعل اذا لم تكن قد رفعت لانقضائها بالعفو، فإذا رفعت رغم ذلك أمكن الدفع بعدم قبولها وهو دفع متعلق بالنظام العام.

وإذا صدر العفو بعد رفع الدعوى العمومية حكم بإنقضائها، ولا يجوز للمحكمة أن تواصل نظرها ولو كان اتجاهها إلى اصدار حكم بالبراءة.

وإذا صدر العفو بعد الحكم البات - سواء قبل أو بعد تنفيذ العقوبة - يمحى أثر الحكم محوا تاما وتنقضى جميع آثاره من عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية وكذا سائر آثاره الجنائية، ويعتبر بمثابة رد اعتبار بحكم القانون ولا يعتبر سابقة للعود وهو ما سوف يوجه نظرنا على وجه التحديد لأثر العفو الشامل.

- إذا ما انتهينا إلى ترجيح أن العفو الشامل يقتصر على تعطيل الآثار الجنائية المترتبة على تجريم الفعل - المشمول بقانون العفو - مع بقاء وصفه فى ذاته كجريمة لكن مع رد اعتبار من شمله العفو، فما هو أثر هذا العفوعلى اعتبار القانون - ونقصد قانون العمل - أن ارتكاب هذا الفعل نفسه يعتبر قرينة قاطعة على قيام المخالفة التأديبية فى حق العامل وأنها تبرر فصله أو فسخ عقده سواء على مستوى الجزاء التأديبى - الفصل - الذى وقع فعلا قبل صدور قانون العفو سواء على مستوى سلطة رب العمل فى توقيع الجزاء التأديبى - فى حالة تأخر توقيعه - بعد صدور قانون العفو.

- ردا على هذا ذهب بعض أنصار الرأى الذى يرى أن العفو الشامل يزيل عن الفعل وصف الجريمة، إلى أن العفو الشامل يمحو جميع الآثار التأديبية المترتبة على الفعل. فلا يجوز مؤاخذة العامل عن هذا الفعل بالعزل أو غيره. وإذا كان الجزاء التأديبى قد وقع فعلا، تعين محوه من ملف خدمة الموظف وإذا كان قد عزل تعين اعادته لعمله.

كما لا يجوز الاستناد للجريمة الصادر عنها العفو لاعتبار طالب العمل سئ السلوك، ذلك أنه نتيجة للعفو يعتبر كأنه لم يرتكب جريمة ولم يحاكم ولم يصدر ضده حكم نهائى(٢٠٥).

من جانبنا نرى أن أساس هذا الرأى المتمثل فى أن العفو الشامل يزيل عن الفعل وصف الجريمة - لا يقيم ولا يبرر نتائجه فى أنه حيث يزول عن الفعل وصف الجريمة بالعفو تزول عنه تبعا وصف المخالفة التأديبية، بما لا يجوز معه توقيع أى جزاء تأديبى على العامل وضرورة ازالة ومحو ما تم من هذه الجزاءات.

وجه ذلك أن هذا الرأى أغفل استقلال القانون التأديبى من حيث هدفه ونطاقه عن القانون الجنائى. ومن أنه لا تلازم بين ما هو مخالفة تأديبية

---

(٢٠٥) أنظر فى ذلك د. محمود حلمى - المرجع السابق - ص ٣١٩ أنظر د. الدماصى - المرجع السابق - ص ٥٥٩ حيث يؤيد الرأى الموجود بالمتن فيما لا يؤثر على الحقوق المشروعة للغير.

أنظر فى نفس المرجع عرض لتطور أحكام مجلس الدولة الفرنسى حيث بعد أن ذهبت الى تبنى الاتجاه المعبر عنه فى المتن ذهبت فى مرحلة ثانية إلى أن العفو لا تأثير له على الجزاء التأديبى الذى أتخذ قبل صدور العفو، لكنه ذو أثر مستقبل بالنسبة للجزاءات التأديبية فلا يجوز الاستناد إلى ذات الواقعة التى شملها العفو لتوقيع جزاء تأديبى. وإذا صدر العفو أثناء المحاكمة التأديبية صارت الدعوى التأديبية غير ذى موضوع.

وجريمة جنائية. ولذا لا تلازم بين المسئولية الجنائية والمسئولية التأديبية. بل أنه يتعين الحذر فى ترتيب المسئولية التأديبية للفعل لمجرد كونه متصفا بوصف الجريمة الجنائية وضرورة الاستعانة فى ذلك بمعيار مرن أو قرينة تقوم على الغالب من الأمر من أن هذا الفعل المعتبر جريمة يؤدى لوصف معين أتصفت به إلى الاخلال بحسن سير العمل داخل المشروع.

وبالتالى ما كان يجوز لهذا الرأى أن ينتهى إلى أنه حيث يتخلف أو يسقط عن الفعل وصف الجريمة الجنائية يسقط عنها بطريقة تبعية وصف المخالفة التأديبية لما رأيناه من عدم الارتباط بينهما.

ومن ثم غاية ما كان ليقبل من هذا الرأى - حتى مع التسليم بأساسه المتمثل فى أن العفو يزيل عن الفعل وصف الجريمة الجنائية - أن يسقط القرينة القانونية القاطعة على اعتبار الفعل مخالفة تأديبية بالنظر لسقوط أساسها وهو أن الفعل أعتبر لذلك لكونه داخلا ضمن النموذج الاجرامى المحدد بالنص وبالتالى فحيث تزول عنه هذه الصفة تسقط هذه القرينة القاطعة لسقوط أساسها، لكن دون أن يمنع ذلك صاحب العمل حقه فى اثبات وصف الخطأ التأديبى للفعل الصادر عن العامل - ولو زال عنه وصف الجريمة بقانون العفو - وفقا للقواعد العامة فى الاثبات(٢٠٦).

(٢٠٦) وهو ما يمكن أن ننتهى إليه قياسا على أحكام القضاء التىتثبت لصاحب العمل سلطته التأديبية عن الفعل المنسوب للعامل برغم الحكم بالبراءة لعدم الجريمة. أنظر الطعن ٢٧٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ٧٣/٦/٢٣ فى عصمت الهوارى جـ ١، ص ٢١٨ قاعدة ١٢٨، الطعن ٦١٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٧ فى عصمت الهوارى جـ ٣ ص ١٣٢ قاعدة ١٠١ "لا يمتنع على المحكمة المدنية البت فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يعتبر اهمال جسيما. إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدنى دون أن يوجد خطأ جنائى".

وهو فى اثباته لهذا يمكن أن يجابه بمنازعة العامل لهذا الوصف ولجسامته وكل يخضع لتقدير قاضى الموضوع(٢٠٧).

- لذا نجدنا نرى بعضا من أنصار الرأى القائل بأن العفو الشامل يزيل عن الفعل وصف الجريمة، ينتهى إلى أن العفو الشامل يقتصر أثره على محو صفة الجريمة الجنائية عن الفعل دون أن يمحو عنه وصف الجريمة التأديبية إلا بنص خاص فى قانون العفو. بحيث فى غياب هذا النص الخاص يظل للفعل وصف الجريمة التأديبية(٢٠٨) ويصلح أساسا - إذ لم يكن قد سبق توقيع الجزاء - لمسألة العامل عنه أو للسير فى الاجراءات التأديبية كما أن الجزاء التأديبى السابق توقيعه قبل صدور العفو الشامل لا يجوز رفعه(٢٠٩).

---

(٢٠٧) الطعن ١٩٠٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٦ فى عصمت الهوارى جـ ٧ ص ١٠٦، قاعدة ٧٨، الطعن ١٢٨٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ٨٦/١/٣ فى عصمت الهوارى جـ ٧ ص ١٠٧.

(٢٠٨) وكما قلنا سابقا فإنه لا تقوم قرينة تشريعية على الخطأ التأديبى وإنما يتم اثباته وفقا للقواعد العامة باعتبار أن صوره لا تقع تحت حصر. فى حالة التسليم بالرأى القائل بأنه العفو الشامل يترتب عليه اباحة الفعل الذى شمله العفو. حيث يباشر صاحب العمل سلطته التأديبية لاحقا على صدور قانون العفو.

(٢٠٩) المستشار عبد الوهاب البندارى - المرجع السابق - ص ٥٢٣ وما بعدها، د. محمد مختار عثمان - المرجع السابق - ص ١٩٩.

بينما على العكس حيث يرد فى قانون العفو نص على محو الآثار التأديبية للفعل، فإنه يمتنع على الادارة أن تعاقب تأديبيا عن الفعل الصادر فى شأنه العفو، وإذا كان الجزاء التأديبى قد اتخذ فعلا فإنه يمحى وتزول كل آثاره. أنظر أحكام مجلس الدولة الفرنسى المشار اليها فى د. محمد مختار عثمان - أرجع للقرارات بقوانين الصادرة بالعفو والمشار اليها فى عبد الوهاب البندارى ص ٥٢٠ - ٥٢٣.

وبهذا أفتى مجلس الدولة المصرى حيث قرر أنه "إذا صدر قانون بالعفو الشامل عن الجرائم الجنائية التى ارتكبت فى فترة معينة، وكان أحد من يشملهم هذا القانون موظفا عموميا عاقبته الادارة تأديبيا عن ذات الأفعال المكونة للجريمة الجنائية التى شملها العفو، فإن هذا الجزاء التأديبى لا يجوز رفعه. وذلك لأن قانون العفو الشامل لا يمحو عن الفعل المعاقب عليه إلا صفته الجنائية، دون صفة الجريمة التأديبية التى تبقى لاحقة بالفعل فى ذات الوقت(٢١٠).

ويضيف أنصار هذا الرأى فى تأسيس إتجاههم، أن العفو الشامل يقتصر على محو الآثار الجنائية للفعل وبالتالى لا يمتد للجزاءات التأديبية التى تجد اساسها فى إعتبارات أخرى لا تقتصر أو تنحصر فى الصفة الجنائية للفعل ومن ثم لا تزول بزوال هذه الصفة الجنائية عنه بالعفو.

ويمكن أن نضيف تأييدا لهذا الرأى فى شأن عدم رفع الجزاء التأديبى السابق توقيعه على العامل قبل صدور قانون العفو أنه بتأمل القرارات بقوانين الصادرة بالعفو(٢١١) نلاحظ من ناحية أنها حرصت على النص على أنه "يجوز أن يعاد الموظف العمومى إلى الوظيفة التى كان يشغلها ... أو إلى وظيفة أخرى مماثلة أو غير مماثلة مما يؤكد أن إعادة الموظف - المفصول - ليس من نتائج العفو الشامل - التى تتم بحكم القانون، ذلك لو أنها كانت كذلك لما كان هناك احتياج إلى نص يقررها.

---

(٢١٠) فتوى شعبة الشئون الداخلية والسياسية بمجلس الدولة رقم ٦٩٠٦ من ١٩٥٣/١١/١٨ مجموعة فتاوى قسم الرأى س ٨ والنصف من س ٩ مشار إليها فى البندارى ص ٥٢٤.

(٢١١) أرجع عبد الوهاب البندارى ص ٥٢٠ - ٥٣٠.

بمعنى إننا أمام إعادة تعيين - وإن كان يوضع فى الدرجة التى كان عليها قبل فصله وفى أقدميته فيها - دون أن يكون للإعادة أثر رجعى[٢١٢] ودون إعتبار القرار بالفصل كأن لم يكن بل إن قرار الفصل - إستنادا لحكم الادانة - قرار صحيح متفق مع حكم القانون ومنتج لجميع آثاره دون أن يمحى أى منها، ومن ثم فليس صحيحا، تكييف القرارات الصادرة بإعادة تعيين هؤلاء الموظفين بأنها سحب للقرارات الصادرة بفصلهم من الخدمة، لخروج هذا عن قصد الشارع من جهة ولتعارضه مع أوضاع السحب وآثاره من جهة أخرى[٢١٣] .

كما نلاحظ من ناحية أخرى أن اعادة الموظف جوازية للإدارة وليست اجبارية لها وفي ذلك قضت محكمة النقض[٢١٤] بأن "القرار بقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٧١ وقد صدر بالعفو عن باقى العقوبات المحكوم بها فى قضايا سياسة حتى ١٩٧١/٥/١٥ وبجواز إعادة بعض الموظفين العموميين المحكوم عليهم بعقوبة جناية فى القضايا السياسية إلى خدمة الدولة، فإن هذا القرار لم يجعل الإعادة إلى العمل نتيجة لازمة وحتمية لصدوره وإنما هى جوازية لجهة العمل بصريح نص م ٢ منه ... وإذا كان ذلك كذلك فلا

---

(٢١٢) لذلك فالأصل هو عدم حساب مدة الفصل فى الخدمة بالنسبة لمن يعاد إلى الخدمة بعد صدور قرار العفو عنهم، ما لم يرد نص على ذلك صراحة فى قانون العفو كما هو الحال فى القرار بقانون رقم ٣٦٠٢ لسنة ١٩٦٦ (م١ تعتبر مدة الخدمة متصلة بالنسبة للعاملين الذين صدر عنهم عفو ويعادون إلى الخدمة بعد انتهائها نتيجة الحكم عليهم فى قضايا سياسية. ويطبق ذلك على من سبق اعادتهم الى الخدمة قبل صدور هذا القرار.

(٢١٣) أ.ع ٧٤٩ لسنة ١١ فى ٦٩/٦/٢٩، س ١٤ ص ٩٠١ ب ١٢٠؛ أ.ع ٩٣٨ لسنة ٩ فى ٦٨/١٢/٢٩، س ١٤ ص ١٧٥، ب ٢٢ مشار الى ذلك فى البندارى ص ٥٣٠ - ٥٣١.

(٢١٤) نقض طعن ٤٧/٥٩٤ ق جلسة ٨٢/٤/٢٥.

محل للقول بأن صدور هذا القرار يعنى حتما ولزاما إستمرار علاقة العمل قائمة أو إعتبار واقعة الفصل كأن لم تكن".

من جانبنا. فإن تكييفنا للعفو الشامل على أنه تعطيل استثنائى للنتائج الجنائية للجريمة الذى صدر العفو عمن أدين فيها - بغير إباحة لها - وأنه بمثابة رد إعتبار قانونى له. يؤدى بنا إلى تطبيق آثار رد الإعتبار على من شمله العفو الشامل سواء فيما يتعلق بطالب العمل سواء فيما يتعلق بالعامل المرتبط بعقد عمل سواء بالنسبة للفصل الذى وقع عليه فعلا قبل صدور قانون العفو وفى هذه الحالة يظل الفصل قائما ومشروعا ولا يجير صاحب العمل على إعادته لأن رد الاعتبار ليس له أثر رجعى.

سواء بالنسبة للسلطة التأديبية لرب العمل إذا ما تأخر فى مباشرتها إلى ما بعد صدور قانون العفو وفى هذه الحالة نرى أنه يمتنع عليه الاستناد لحكم الادانة الذى صدر بمناسبته العفو الشامل لأنه يصبح من هذا التاريخ كأن لم يكن ويمحى وبالتالى لا يصلح سببا للفصل(٢١٥).

(٢١٥) أرجع ما سبق فى رد الاعتبار.

الفصل الثانى
أوصاف الجريمة المخلة بالثقة

نعرض لأوصاف الجريمة المشار اليها فى قانون العمل كأساس لنسبة الخطأ التأديبى الجسيم للعامل من خلال:

بحث أول : أهمية توصيف الجريمة المخلة بالثقة.

بحث ثانى : توصيف الجريمة المخلة بالثقة.

مبحث أول
أهمية توصيف الجريمة المخلة بالثقة

أهمية توصيف الجريمة المخلة بالثقة تظهر فى شأن الدعامة الثانية للفصل المشروع. إذ معلوم أن الفصل المشروع لابد أن يستند على دعامتين: الأولى: أن يكون مبرر الفصل حقيقيا(٢١٦). ثانيا: أن يكون مبرر الفصل جديا.

ومعلوم أنه يقصد بجدية المبرر الذى يستند لفعل منسوب للعامل، أن يثبت لهذا الفعل وصف الخطأ التأديبى من ناحية وأن يكون على درجة من الجسامة تناسب الفصل من ناحية أخرى.

(٢١٦) وقد رأينا فيما سبق أهمية توصيف الحكم الصادر بالادانة على هذه الدعامة.

- ومعلوم أن الأصل العام فى هذا المقام هو السلطة التقديرية للقاضى فى تكييف الخطأ التأديبى وتحديد درجته فى ضوء الوضع الوظيفى للعامل وهدف المشروع وظروف أرتكاب المخالفة وجسامتها(٢١٧).

حيث قضى فى تأكيد ذلك "أن تقدير مبرر الفصل مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ"(٢١٨).

وقضى بأن "تكييف الفصل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أ و نفى الوصف عنه هو من المسائل التى يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، إلا أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغا"(٢١٩). وقضى بأن "تقدير المبرر لفصل العامل، مما يستقل به قاضى الموضوع. ولمحكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية أن تنتهى فى قضائها إلى عدم تناسب جزاء الفصل الموقع على العامل مع ما بذر منه من اهمال مما يجعل فصله مشوبا بالتعسف"(٢٢٠).

(٢١٧) طعن ٥٢/١٢٠٥ ق جلسة ٨٢/١١/٢٨ فى الهوارى جـ ٦ ص ٥٧ "العبرة فى سلامة قرار الفصل، وفيما إذا كان صاحب العمل قد تعسف فى فصل العامل أو لم يتعسف، هى بالظروف والملابسات التى كانت محيطة به وقت الفسخ لا بعده.

(٢١٨) طعن ١٩٠٦- ٥٢ ق جلسة ٨٧/٢/١٦ فى عصمت الهوارى جـ ٧ ص ١٠٦.

(٢١٩) طعن ١٠٩٩/ ٥٠ ق - جلسة ٨٦/٤/٢٧ فى عصمت الهوارى - جـ ٧ ص ١٣٧ قاعدة ٩٧.

(٢٢٠) طعن ٤٠/٥٥٤ ق - جلسة ٧٦/٥/٢ فى الهوارى جـ ٢ - ص ٩٨ قاعدة ٧٨ - ٧٩ - ٨٠ - الطعن ٤٣٥ - لسنة ٤٢ ق جلسة ٧٨/٤/٢٢ فى عصمت الهوارى جـ ٣ ص ١٢٢ قاعدة ٩٤ - الطعن ١٢٨٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ٨٦/١١/٣ فى الهوارى جـ ٧ ص ١٠٧ قاعدة ٧٩.

ويتم تكييف الخطأ التأديبي استقلالا عن الوصف الجنائي الثابت له في قانون العقوبات، وذلك لعدم التلازم بين المسئولية التأديبية والمسئولية الجنائية والعكس بالعكس.

إذ أن مناط المسئولية التأديبية هو ما يترتب على الفعل من إخلال بحسن سير العمل وسمعة المشروع وما يصطدم مع متطلبات الوظيفة بالنظر لدرجتها وهدف المشروع، استقلالا عن وصفه الجنائي. لذلك فحيث يتحقق هذا المناط يثبت للفعل وصف الخطأ التأديبي ولو أنتفى عنه وصف الجريمة وهو مالا يقع تحت حصر. ولقد قضى في هذا الخصوص بأنه "لا يمتنع على المحكمة المدنية البحث فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يعتبر اهمالا جسيما، إذ يجوز أن يكون خطأ مدني دون أن يوجد خطأ جنائي"[٢٢١].

والعكس بالعكس فقد يثبت للفعل وصف الجريمة - في غير ما ورد وصفه في م ٧/٦١ عمل - م ٦٧ عمل - ويقدر القاضي انتفاء مبرر المسئولية التأديبية عنه لعدم تعارض ارتكابها مع متطلبات الوظيفة ولعدم اخلالها بحسن سير العمل. ويمكن أن نضرب على ذلك أمثلة كثيرة خاصة في شأن الجنح المرتكبة خارج دائرة العمل كما هو حال الجنحة المرتكبة بالمخالفة لقانون تنظيم المباني وجنحة أشغال الطريق، أو حيازة سلاح بغير ترخيص أو أغلب المخالفات شأن المخالفات المرورية.

(٢٢١) الطعن ٢٧/٢٧٧ ق جلسة ٧٣/٦/٢٣ في عصمت الهواري جـ ١ ص ٢١٨ قاعدة ١٢٨. أنظر في تأييد ذلك كله أمثلة الخطأ التأديبي من غير الجريمة المنصوص عليها في م ٣/٦١-٤-٨-٩ عمل، م٥٨/١-٢ عمل.

- وإذا كانت م ٦١ عمل فى تمثيلها على الخطأ التأديبى تؤكد هذه القاعدة على اعتبار أن صياغها تؤكد أن الخطأ التأديبى لا يقع تحت حصر وأن معياره مرن يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة.

إلا أن ما ورد فيها تمثيلا على الخطأ التأديبى ومن ضمنها الجريمة الموصوفة - موضوع بحثنا - يترتب عليه نتيجتان - أحدهما ايجابية والأخرى سلبية.

فأما النتيجة الايجابية: فتتمثل فى أنه فى حالة تحقق الجريمة الموصوفة تشريعيا تقوم قرينة تشريعية قاطعة على الخطأ التأديبى وعلى درجته المبررة للفصل المشروع، بما يسلب القضاء سلطته التقديرية التى اشرنا اليها فى تكييف الفعل وتحديد درجته.

ثم إنها قرينة تشريعية قاطعة يكفى صاحب العمل للاحتجاج بها أن يثبت أن للجريمة المنسوبة للعامل - الوصف التشريعى المحدد بالنص - دون أن يكلف باستظهار وجه الخطأ التأديبى فى ذلك أو درجته وفى نفس الوقت لا يقبل من العامل الذى ثبت ارتكابه لهذه الجريمة الموصوفة أن ينفى عن فعله وصف الخطأ التأديبى أو أن يثبت أن درجته لا تصل لمستوى المبرر الجبرى المستلزم للفصل المشروع.

فكن أهمية توصيف الجريمة على النحو الذى جاءت به تشريعيا، تظهر فى أنه بثبوت هذا الوصف لها تقوم قرينة تشريعية قاطعة على

مشروعية المبرر اللازم للفصل المشروع وبهذا تكون مشروعية المبرر - فى حالة الجريمة الموصوفة - مستندة للنص التشريعى نفسه بما لا مجال معه للسلطة التقديرية للقاضى.

- أما النتيجة السلبية: فهى ذات وجهان:

الوجه الأول لها: أن تخلف الضابط - الوصف - التشريعى فى الجريمة المنسوبة للعامل ينفى عنها القرينة التشريعية بثبوت الخطأ التأديبى. وهذا هو مقتضى التفسير بمفهوم المخالفة، على اعتبار أن النص التشريعى قد ربط ثبوت الحكم - القرينة التشريعية بثبوت الخطأ ودرجته - بتحقق وصف معين فى الجريمة، وبالتالى يثبت الحكم العكسى - تخلف قرينة الخطأ - حيث يتخلف الوصف التشريعى.

الوجه الثانى لها: أن تخلف القرينة التشريعية بثبوت الخطأ - لانتفاء الوصف عن الجريمة، لا يقطع على العكس بانتفاء الخطأ التأديبى عن الجريمة. وذلك لما قدمناه من أن صور الخطأ التأديبى غير واقعة تحت حصر، وبالتالى فإنه حيث يرتكب العامل جريمة تخلف فيها الوصف التشريعى - شأن المخالفات سواء داخل أو خارج دائرة العمل أو الجنح الواقعة خارج دائرة العمل حيث لا تكون مخلة بالشرف أو الآداب العامة - فإن اثبات الخطأ التأديبى لها ودرجته يتم وفقا للأصل العام من قواعد الاثبات تحت تقدير القضاء على ما قدمنا.

بحيث يتصور أن يثبت القضاء للمخالفة وصف الخطأ التأديبى رغم عدم ورودها ضمن م ٦١ - م ٦٧ عمل سواء كانت واقعة داخل دائرة

العمل(٢٢٢) أو خارج دائرة العمل(٢٢٣) والأمر نفسه فى الجنح الواقعة خارج دائرة العمل وان لم تكن مخلة بالشرف أو الآداب العامة(٢٢٤) حيث يقرر القاضى أن ارتكابها يتعارض مع مقتضيات الوظيفة ويخل بحسن سير العمل داخل المشروع وسمعته.

ازاء ذلك نعرض لتوصيف الجريمة المخلة بالثقة وفى أذهاننا أهمية التوصيف التشريعى ونتيجة ثبوته ونتائج تخلفه.

(٢٢٢) أنظر م ٣٧٧ ع/ ٧ ع مصرى "من كان موكلا بالتحفظ على مجنون فى حالة هياج فأطلقه أو كان موكلاً بحيوان من الحيوانات المؤذية أو المفترسة فأطلقه". حيث تصدر هذه المخالفة من عامل هذه مهنته سواء فى مستشفى خاص أو مزرعة أو حديقة حيوان خاصة.

(٢٢٣) شأن ما ورد فى م ٦/٣٧٧ ع مصرى "من أطلق فى داخل المدن أو القرى سلاحا ناريا أو ألهب فيها أعيرة نارية أو مواد أخرى مفرقعة "بالنسبة لعامل حراسة تقتضى طبيعة وظيفته حمل سلاح لحفظ الأمن داخل المشروع.

(٢٢٤) أنظر أحكام القضاء الفرنسى المشار إليه فى خصوص الجنح المرتكبة خارج دائرة العمل وتحرى أثرها على حسن سير العمل استقلالا عن كونها مخلة بالشرف بل برغم كونها مخلة بالشرف.

مبحث ثانى
توصيف الجريمة المخلة بالثقة

على خلاف التشريع الفرنسى الذى خلى من نص يوصف حالات اعتبار الجريمة خطأ تأديبى يصح الاستناد إليه للتحلل من عقد العمل. حيث تحمل القضاء والفقه عبء تحديد ملامحها المكونة للخطأ التأديبى من خلال الرقابة القضائية اللاحقة على الانهاء أو الفسخ حيث تبنى معيارا مرنا فى تحديد الخطأ التأديبى وارتباط ثبوت وصفه للفعل المنسوب للعامل بالآثار السلبية الفعلية لفعله على حسن سير العمل بالمشروع وعلى العلاقة بين العامل ورؤسائه وزملائه وعملاء المشروع مع الأخذ فى الاعتبار طبيعة النشاط الذى يقوم عليه المشروع وطبيعة المسئوليات الملقاه على عاتق العامل، بغير تلازم بين تحقق المسئولية الجنائية عن الفعل وبين ثبوت المسئوليات التأديبية نتيجة له.

فإن قانون العمل المصرى. وكذا العديد من التشريعات العربية - تصدى لتوصيف الجريمة التى يصح اعتبارها خطأ تأديبيا مبررا للإنهاء المشروع.

لذا فإنه فى مقام توصيف الجريمة المخلة بالثقة والمعتبرة خطأ تأديبيا يصح الاستناد إليه للتحلل من عقد العمل بغير مسئولية على صاحب العمل، نعكف على تحليل النصوص التشريعية الواردة فى قانون العمل المصرى مستهدين فى ذلك بما ورد فى التشريعات المقارنة وما جاء فى قانون

العاملين بقطاع الأعمال العام وقانون العاملين المدنيين بالدولة ومسترشدين بالاتجاهات القضائية والفقهية فى القانونين المصرى والفرنسى.

الأمر الذى نعرض معه لتوصيف الجريمة المخلفة بالثقة من خلال مطلب وحيد ندرس فيه تجنبا للتكرار وتحقيقا لوحدة الموضوع المعيار التشريعى والمقترح للجريمة الموصوفة.

مطلب وحيد
الجريمة الموصوفة فى المعيار التشريعى والمقترح

ورد نص م ٦١ من قانون العمل المصرى رقم ٨١/١٣٧ (٢٢٥) على النحو التالى: "لا يجوز فصل العامل إلا إذا ارتكب خطأ جسيما ويعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الحالات الآتية: - / ٧ "إذا حكم على العامل نهائيا فى جناية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة".

(٢٢٥) أنظر ما يقابله فى قانون العمل الموحد رقم ١٩٥٩/٩١: م ٧٦ "لا يجوز لصاحب العمل فسخ العقد دون سبق اعلان العامل ودون مكافأة أو تعويض إلا فى الحالات الآتية: - /٨ مطابقة للمادة ٧/٦١ من قانون العمل الحالى.

وورد نص من ٦٧ من ذات القانون(٢٢٦) على أنـه:

"إذا نسب الى العـامل ارتكاب جناية أو جنحـة مخـلة بالشرف أو الأمانـة أو الآداب العـامة أو أى جنحـة داخل دائرة العـمل ...".

فى ضـوء هذه النصوص يصح الاستناد للجريمــة الثـابت ارتكابها من جانب العـامل كمبرر للإنهاء أو الفسخ، إذا اتصفت بأحـد الأوصـاف الثلاثة الآتيـة: الجنايـة أو الجنحـة الماسـة بالشـرف أو الأمانــة أو الآداب العـامة أو الجنحـة المرتكبة داخل دائـرة العـمل. فـإلى كـل وصـف مـن هـذه الأوصـاف نعـرض بالبيـان والتحليل:

أولا : الجنـايـة:

يتفق مع م ٧/٦١ من قانون العمل الحـالى، قـانون العـمل اليمنـى - م ٥٠ - وقانون العمل الليبى - م ٨/٥١ فى تطلب وصـف الجنايـة لاستخلاص

(٢٢٦) أنظـر م ٦٧ مـن قـانون العـمل الموحـد "إذا نسـب إلـى العـامل ارتكـاب جنايـة أو جنحـة اضـراب غير مشروع أو التحريض عليه أو ارتكاب أيـة جنحـة داخل دائـرة العمل".

- م ٩٤ من قانون العـاملين المدنيين بالدولة تنتهى خـدمة العـامل لأحـد الأسباب الآتيـة: /٧ "الحكم عليه بعقوبة جنايـة فى احـدى الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو ما يماثلها من جرائم منصوص عليهـا فـى القـوانين الخـاصة أو بعـقوبـة مـقيدة للحـرية فى جريمـة مخلة بالشرف أو الأمانـة ما لم يكـن الحكم مع وقف التنفيـذ.

- م ٧/٩٦ من قانـون العـاملين بالقطـاع العـام ٧٨/٤٨ مطابقـة للمـادة ٩٤ من قانون العـاملين المدنيين بالدولة.

- م ٤/٤٥ من القانون ٩١/٢٠٣ لشركـات قطاع الأعـمال العـام "صدور حكم بات بعـقوبة جنـاية أو بعـقوبة مقيدة للحرية فى جريمـة مخلة بالشرف أو الأمانـة ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ الشامل".

الخطأ التأديبى فى جانب العامل(٢٢٧).

---

(٢٢٧) أنظر: أيضا القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ فى شأن نظام موظفى الدولة: م ٣/٦ "تنتهى خدمة الموظف المعين على وظيفة دائمة بسبب الحكم عليه فى جناية ....." م ١٣ تنتهى خدمة المستخدم خارج الهيئة بسبب صدور حكم فى جناية أو فى جريمة مخلة بالشرف كسبب منهى للعلاقة الوظيفية" أنظر د. محمد حلمى نظام المدنيين بالجهاز الادارى والقطاع العام - ط ٢ - ١٩٧٤ ص ٣٠٦ دار الفكر العربى د. محمد الدماصى - تولية الوظائف العامة - ص ٥٩٢.
وذلك بغض النظر عن العقوبة المقضى بها ولو لم تكن عقوبة الجناية لظرف مخفف، على أساس أن الاعتبارات الشخصية التى دعت الى تخفيف العقوبة لا تغير من خطورة الفعل من الناحية الموضوعية ودلالته على الخطأ التأديبى وأثره على حسن سير العمل وعلى خطورة فاعله واهتزاز الثقة فيه. فى المقابل فإن نظام المعاملين المدنيين الصادر بالقانون ٦٤/٤٦ ومثله القانون ٧١/٥٨ وكذلك نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقرار الجمهورى رقم ١٩٦٦/٣٣٠٩ وكذلك القانون ١٩٧١/٦١ والقانون ٧٨/٤٧ وسايره فى ذلك قانون العاملين بالقطاع العام ٧٨/٤٨ وقانون شركات قطاع الأعمال العام ٩١/٢٠٣ تطلب كسبب لإنهاء الخدمة الحكم على العامل "بعقوبة جناية"، بحيث إذا حكم على العامل فى جريمة مقدر لها أصلا عقوبة الجناية بعقوبة الجنحة لظرف مخفف فإنه لا يصح الاستناد اليها لإنهاء خدمة العامل انهاء مشروعا ما لم تكن جريمة مخلة بالشرف والأمانة. بما يجعل هذا النص أضيق نطاقا فى رأينا عن نص قانون العمل الذى كانت لتدخل هذه الحالة ضمنه باعتبار أنه يظل لها وصف الجناية رغم عقوبة الجنحة المقضى بها (أنظر رأى مخالف محكمة النقض على ما سوف نشير لاحقا). أنظر د. زكى النجار - أسباب انتهاء الخدمة للعاملين بالحكومة والقطاع العام - دار الفكر العربى سنة ١٩٨٧ ص ٢٥.
وقد يكون مبرر هذا الإختلاف عن قانون العمل أن الحكم بعقوبة الجنحة تقديرا من المحكمة لاستحقاق المتهم للظروف المخففة ينبئ عن تضاؤل خطورته الاجرامية برغم جسامة الفعل من الناحية الموضوعية بحيث قدر الشارع أن يفسح فى نطاق الجزاءات الادارية المجال للظروف الشخصية التى استجاب لها قانون العقوبات فى تقدير العقوبة، ما لم يستدل على الخطأ التأديبى الجسيم فى حق العامل لأسباب أخرى كما لو كانت جريمة مخلة بالشرف. أنظر أحكام نقض فى شأن الظروف المخففة.
نقض ١٩٣٤/١/٨ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ رقم ١٨١ ص ٢٣٥.
نقض ٤٢/١١/٢٣ جـ ٦ رقم ٢٢ ص ٢٢.
نقض ١٩٥٦/١٠/١ س ٧ رقم ٢٥٩ ص ٩٥٠.
نقض ٦٩/٥/١٩ س ٢٠ رقم ١٥٢ ص ٧٤٨.
نقض ٦٩/١٠/٢٧ س ٢٠ رقم ٢٣٤ ص ١١٨١.
نقض ٦١/١١/٢٨ س ١٢ رقم ١٩٤ ص ٩٤٢.

- ولقد اتخذ قانون العقوبات من نوع ومقدار العقوبة دليلا على وصف الجناية، فجاء نص م ١٠ عقوبات على أنه "الجنايات هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

- الاعدام
- الأشغال الشاقة المؤبدة
- الأشغال الشاقة المؤقتة
- السجن".

بناء عليه يتضح أن الجناية هى جريمة أختصها القانون بنوع معين من العقوبات يختلف عن الجنح(٢٢٨) والمخالفات.

والعبرة فى تطبيق هذا المعيار بالعقوبة التى يقررها النص للجريمة لا بالعقوبة التى ينطق بها القاضى(٢٢٩).

والمرجع فى تطبيق هذا المعيار هو العقوبة الأصلية بغير عبرة بالعقوبات التبعية أو التكميلية. ثم إنه ليست العبرة بالوصف الذى ترفع به الدعوى وانما العبرة بالوصف الذى تقرره المحكمة(٢٣٠).

---

(٢٢٨) م ١١ عقوبات "الجنح هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية: الحبس - الغرامة التى يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه".

(٢٢٩) نقض ٦٩/٤/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ١١٢ ص ٥٣٩، نقض ١٩٧١/١/٤ س ٢٢ رقم ٦ ص ٢٣ "توزيع الاختصاص بين محاكم الجنايات ومحاكم الجنح يجرى على أساس نوع العقوبة التى تهدد الجانى ابتداء من التهمة المسندة اليه بحسب ما إذا كانت جناية أو جنحة أو مخالفة بصرف النظر عن نوع العقوبة التى قد توقع بالفعل بالنسبة إلى الجريمة التى تثبت فى حقه".

(٢٣٠) نقض ١٩٥٥/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ٣٠١ ص ١٠٢٥: فإذا حركت النيابة العامة الدعوى معتبرة الجريمة مستوجبة لعقوبة الجناية ولكن المحكمة لم تقرها الى ما ذهبت اليه، فاعتبرت الجريمة مستوجبة طبقا للقانون لعقوبة الجنحة فالعبرة بما رأته المحكمة.

وإذا حدد القانون للجريمة عقوبتين أو أكثر فالعبرة في تحديد وصفها بأشدها. كما أن العبرة في تحديد طبيعة الجريمة بالحد الأقصى المقرر للعقاب دونما نظر للحد الأدنى نوعا ومقدارا.

ويثور التساؤل عما إذا كان يؤثر على وصف الجريمه العقوبة، التي ينطق بها القاضي بالتشديد أو التخفيف عن العقوبة الأصلية المقررة بالنص؟ بين الآراء المختلفة في هذا المقام، نميل إلى تأييد الرأى الذى يعتد في وصف الجريمة بالعقوبة المقررة بالنص ولو لم يقضى بها فعلا(٢٣١).

ففي حالة تخفيف العقوبة نميز بين العذر القانوني المخفف الذى يوجب على القاضي تخفيف العقاب فنكون بصدد جنحة. لأن هذه العقوبة هي الوحيدة التي يقررها القانون للجريمة ويسمح للقاضي أن يحكم بها (م ٢٣٧ عقوبات - صغر السن).

وبين التخفيف الجوازى بناء على ظروف مخففة، فإن الجريمة تظل على وصفها كجناية. على اعتبار أن الجريمة في هذه الحالة لها عقوبتين: عقوبة الجناية الواردة بالنص وعقوبة الجنحة التي أجيز للقاضي الحكم بها استنادا للظرف المخفف (م ١٧ عقوبات - ٢٥١ عقوبات). والقاعدة هي أن العبرة في وصف الجريمة بأشد العقوبتين(٢٣٢).

---

(٢٣١) أنظر د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ٥ - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية - د. أحمد فتحى سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - ١٩٨١ - دار النهضة العربية.

(٢٣٢) أنظر د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٥٨ وأنظر في ذات المرجع عرض الآراء الأخرى. الرأى الذى يسير عليه القضاء في مصر وفرنسا =

وفى حالة تشديد العقوبة، فإنه إذا كان التشديد وجوبيا بناء على الظرف الذى اعتبره القانون للشديد فإن الجريمة تعتبر جناية على اعتبار أن هذه العقوبة هى الوحيدة المقررة بالقانون للجريمة (م ٣١٤ - م ٢٦٨م) والى هذا ذهب اجماع الفقه والقضاء.

أما إذا كان التشديد جوازيا، فإن الجريمة يتحدد وصفها على أساس من نوع العقوبة المحتمل الحكم بها ولو لم يحكم بها فعلا. ولما كانت العبرة فى تحديد وصف الجريمة بالعقوبة الأشد يكون من المحتم وصفها بوصف الجناية (م ٥١ ع)[٢٣٣].

مع إطلاق صياغة م ٦١، م ٦٧ عمل فإنه يكفى فى إستنتاج القرينة القاطعة على الخطأ التأديبى المبرر للإنهاء أن تكون الجريمة جناية مما ورد النص عليه فى قانون العقوبات أو ما يماثلها من جرائم منصوص عليها

= هو أن الجريمة تظل جناية سواء كان التخفيف لتوافر عذر قانونى أم لتوافر ظرف مخفف. والأساس فى ذلك أن العبرة فى وصف الجريمة هو بخطورتها الموضوعية دون أن يغير من ذلك الاعتبارات الشخصية التى تعبر عنها الأعذار أو الظروف المخففة.

نقض ٣٣/٣/٢٠ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ ص ١٥٠ رقم ١٠٠ - ٣٧/٣/٧ جـ ٤ رقم ١٧٢ ص ١٥٦. نقض ٤٣/١٢/١٣ جـ ٦ رقم ٢٧٢ ص ٣٥٠ مشار اليها فى د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق، ص ٥٧، ٥٨.

(٢٣٣) أنظر د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق ص ٦٠، د. أحمد فتحى سرور - المرجع السابق - ص ٢٧٦ - ٢٧٨.

على العكس فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن العبرة فى وصف الجريمة بالعقوبة التى يحكم بها القاضى "عمل القاضى نفسه هو الذى يكيف وصف الجريمة فيجعلها جناية أو يبقيها جنحة على حالها". نقض ٢٩/٢/٢١ مجموعة القواعد القانونية حـ ١ رقم ١٦٧ ص ١٦٨؛ نقض ٣٢/٢/١ حـ ٢ رقم ٣١٧ ص ٤٤٧ "الجريمة قلقة النوع إذ هى تكون جنحة أو جناية تبعا لنوع العقوبة التى تقضى بها المحكمة نفسها"

فى القوانين الخاصة. ويخرج عنها الإدانة فى الجرائم الانضباطية التى لا يعرفها سوى القانون العسكرى ولا يوجد ما يماثلها فى قانون العقوبات(٢٣٤).

أما عن صلة الجريمة من الناحية الزمنية بعقد العمل، فالحكم فيها مشترك بين الجناية والجنحة.

– فغالبية الفقه ترى أن العبرة هى بصدور حكم الإدانة أثناء سريان عقد العمل ولو عن جريمة وقعت قبل التحاقه بالخدمة(٢٣٥). من جانبنا نرى أن فى الأمر تفصيل ونظر.

فإذا كان مما لا شك فيه أنه يصح الاستناد كمبرر للإنهاء أو الفسخ للخطأ التأديبى – الجريمة الموصوفة فى حالتنا – الواقعة أثناء سريان عقد العمل سواء انتظر صاحب العمل إلى حين صدور الحكم بالادانة حيث يقدر أن مصلحة العمل لا تضار من هذا الإنتظار سواء بغير إنتظار له لأن سلطة رب العمل التأديبية لا يكمن مناطها فى حكم بالإدانة، الذى

(٢٣٤) وهو ما صرح به قانون العاملين المدنيين بالدولة وقانون العاملين بالقطاع العام – م ١٦ – أنظر الاستاذ أحمد شوقى المليجى – المرجع السابق – ص ٤٧٧.

ولقد انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلسة ١٩٧٤/٣/١٣ إلى أن الحكم على أحد العاملين بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة التخلف عن أداء الخدمة العسكرية لا يترتب عليه إنهاء خدمته المدنية. أساس ذلك أن هذه الجريمة لا تعدو أن تكون جريمة إنضباطية وليست من جرائم القانون العام. وهى فى حقيقتها عقوبة تهديدية قصد بها الشارع حث الشباب على التقدم لإدارة التجنيد فى المواعيد المقررة لفحصهم طبيا تمهيدا لتحديد موقفهم من التجنيد.

(٢٣٥) د. محمد لبيب شنب – المرجع السابق – ط ٣ – ص ٢٥٦، د. فتحى المرصفاوى – المرجع السابق – ص ٤٣٠.

تنحصر قيمته فى كونه دليلا قاطعا على حقيقة المبرر، وإنما مناطها وقوع الخطأ التأديبى(٢٣٦).

- فإنه من الجدير بالإيضاح أن مشروعية الفصل تقدر على ضوء ما استند إليه من مبررات وقت إتخاذه. وبالتالى لا يصح بعد إذ أتخذ قرار الفصل استنادا لسبب محدد(٢٣٧)، أن يستند صاحب العمل لاحقا لجريمة لم يكن يعلم بها ولم تتكشف له إلا بعد اتخاذ قراره بالفصل سواء وقعت هذه الجريمة قبل أو أثناء سريان عقد العمل(٢٣٨) ولو كان وقوعها قد تم قبل الفصل على غير علم من صاحب العمل. والأمر نفسه حيث تكون الجريمة قد صدرت عن العامل أثناء مهلة إخطاره بالفصل؛ أى بعد إتخاذه لقرار الفصل(٢٣٩).

(٢٣٦) وعندئذ يتم اثبات حقيقة المبرر وفقا للقواعد العامة فى الإثبات فى تطبيقها فى إطار قانون العمل.

(٢٣٧) ومما يكشف عن ذلك إعلانه للعامل فى خطاب الفصل والمتضمن مهلة الاخطار أو إعلانه عن السبب أمام اللجنة الثلاثية.

(٢٣٨) Soc. 7 mars 1990 J.C.P. 90 ed. E., II, 15884 P. 612, no 7, obs. A. chevillard. "Mais le faute révéleé aprés la notification de la rupture et commise antérieurement ne peut entrainer la perte du droit à l'indemnité de licenciement, lequel nait à la date de ce licenciement".

(٢٣٩) Soc. 8 nov. 1990 Dr. du travail 1991 no 1 P. 16 "De même, une faute grave commise pendant le preavis ne prive pas le salarié de son droit à l'indemnité de licenciment, laquelle prend naissance à la date de notification du licenciement".

- أنظر مع ذلك إتجاه فى القضاء الفرنسى يعتد فى إضفاء الشرعية على الفصل بالخطأ الجسيم الواقع قبل مهلة الإخطار ولو لم يعلم به صاحب العمل إلا لاحقا لإتخاذه القرار بالفصل.

Soc. 16 Juin 1961 J.C.P. 62 ed. G II 12422 "la faute grave justifie la rupture immédiate du contrat de travail, même lorsque, commise antérieurement au conge, elle n'a été qu'ulterieurement connu de l'employeur".

وينحصر التساؤل فيما اذا كان يصح لرب العمل الاستناد على جريمة أرتكبها العامل قبل ابرام عقد العمل؟ وهل يتوقف هذا على صدور الحكم بالادانة أثناء ابرام عقد العمل على ما ذهبت اليه غالبية الفقه؟

- نؤكد على أن حكم الادانة ليس هو أساس مشروعية الفصل. لأن مشروعية المبرر تكمن فى اسناد وصف الخطأ التأديبى لفعل العامل وهو ما تكفل به نص م ٦١ عمل فى حالة الجرائم الموصوفة بقرينة قاطعة تفترض الخطأ فى هذه الحالات، على ما بينا فى أهمية توصيف الجريمة المخلة بالثقة. وانما كل قيمة الحكم بالادانة هى فى تأكيد حقيقة المبرر - وقوع الفعل ونسبته للعامل. استنادا لحجية الشئ المحكوم به المقررة للحكم الجنائى، بحيث كل ما يترتب على فصل العامل قبل صدوره هو تحمل صاحب العمل بعبء اثبات حقيقة المبرر.

- وبالتالى ينحصر السؤال فيما اذا كان يصح الأستناد للجريمة الواقعة قبل ابرام عقد العمل كمبرر للانهاء أو الفسخ؟

- اذا كان صاحب العمل يعلم بهذه الجريمة(٢٤٠) قبل الحاقه بالعمل فان ذلك يعتبر منه رضاء ضمنيا بصلاحيته للعمل بحيث لا يكون له أن يستند اليها بعد ذلك سواء للتحلل منه بالفسخ أو الفصل، سواء بالابطال(٢٤١).

---

(٢٤٠) سواء علم بالجريمة نفسها قبل صدور الحكم بالادانة أو بعد صدور الحكم بالادانة.

(٢٤١) أنظر ما ورد فى القرار ٨٣/٣٣ بشأن اللائحة النموذجية لتنظيم العمل فى م ١/ى: حق صاحب العمل فى طلب شهادة الحالة الجنائية من طالب العمل وكذلك حقه فى طلب أية مستندات أوبيانات تفيد فى الحكم على صلاحيته وكفائته [وهذه قواعد مكملة مقررة لمصلحة صاحب العمل] فى المقابل فان قانون العاملين المدنيين بالدولة (م ٢٠/٣٠) وقانون العاملين بالقطاع العام (٣/١٦) تطلب كشرط للتعيين "ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جناية ..." ويعتبر هذا الشرط من قبيل =

أما إذا لم يكن صاحب العمل يعلم بإدانة العامل قبل ابرام عقد العمل نتيجة اخفائها من جانب العامل كما هو الشأن فى تقديمه شهادة مزورة لحالته الجنائية أو لتأكيده على أنه لم تسبق إدانته فى أية جريمة من الجرائم الموصوفة(٢٤٢). فمن المؤكد أن لصاحب العمل التحلل من هذا العقد استنادا لقواعد الإبطال للتدليس لإخفاء العامل - بمناسبة ابرام العقد - واقعة جوهرية دفعت صاحب العمل لابرام العقد(٢٤٣).

لكن هل لصاحب العمل التحلل من هذا العقد فى هذه الحالة إستنادا لقواعد الإنهاء بالإرادة المنفردة؟

غالبية الفقه تميز بين الفرض الذى يصدر فيه حكم الادانة قبل ابرام عقد العمل وبين حالة صدوره أثناء سريان عقد العمل.

= القواعد الأمرة وبالتالى فإن علم وموافقة جهة العمل - الإدارة - على تعيينه برغم سبق إدانته فى جريمة من الجرائم الموصوفة لا يمنع من إعتبار قرار تعيينه باطلا لا تلحقه الإجازة ومما يجوز سحبه.

أنظر نقض ٣٩٥ لسنة ٤٩ جلسة ٨٤/٤/٨ مشار إليه فى د. خميس السيد اسماعيل - موسوعة المحاكمات التأديبية أمام مجلس الدولة - ص ٧٦ وما بعدها.

(٢٤٢) خاصة إذا كانت مما لا يظهر فى شهادة الحالة الجنائية لكونها السابقة الأولى. أرجع ما سبق وأن أشرنا إليه بخصوص أثر السابقة الأولى على دلالة الحكم النهائى بالإدانة.

(٢٤٣) فى نفس الاتجاه د. محمد لبيب شنب - قانون العمل اللبنانى - ١٩٦٩ - ص ٢١٣، د. على عوض حسن - الوجيز فى شرح قانون العمل - ١٩٨٢ ص ٣٤٤.

فبينما لا يجيزون لصاحب العمل التحلل من العقد وفقا لقواعد الانهاء في الحالة الأولى يجيزونه في الحالة الثانية تأسيسا على أنه بصدور الحكم النهائي بالإدانة تقوم القرينة القاطعة على الخطأ التأديبي(٢٤٤).

من جانبنا نرى أنه لا مبرر للتمييز بين الفرضين على اعتبار أنه في الحالتين وقعت الجريمة – التي هي مناط مباشرة صاحب العمل لحقه في الانهاء أو الفسخ – قبل ابرام عقد العمل، أما الحكم بالادانة فإنه لا يعدو أن يكون إثباتا جازما لوقوع الفعل ونسبته للعامل. لذلك فإننا لا نرى مبررا لإختلاف الحكم مع إختلاف توقيت صدوره(٢٤٥). وبالتالي كان الأحرى بالفقه أن يوحد الحكم في الحالتين سواء بتقرير الحق في الإنهاء أو الفسخ أو بعدم تقريره جزاء للفعل الثابت إرتكابه قبل ابرام عقد العمل بغض النظر عن توقيت الادانة.

من جانبنا نرى أن معيار مباشرة الحق في الانهاء أو الفسخ هو وقت وقوع الجريمة المنسوبة للعامل والتي يتعين أن تكون أثناء سريان عقد العمل.

---

(٢٤٤) د. محمد لبيب شنب ص ٢١٣، د. فتحي المرصفاوي ص ٤٣٠ أحمد شوقي المليجي ص ٢٤٦، د. حسن كيرة ص ٥٩٤، د. محمد عماد البربري ص ٤٠، د. محمد علي عمران ص ١٧٩.

(٢٤٥) بدليل حق صاحب العمل في مباشرة حقه في الانهاء أو الفسخ بمجرد ارتكاب العامل لجريمته أثناء عقد العمل إكتفاء بما يجريه معه من تحقيق اداري دون انتظار صدور الحكم بالادانة، وبغير أن يؤخذ من توقيت مباشرة الحق في الانهاء أو الفسخ دليلا على عدم مشروعيته.

- أما عن أساس إنكارنا للحق فى الإنهاء أو الفسخ على صاحب العمل فى هذه الحالة - وقوع الجريمة قبل الالتحاق بالعمل - فمرده إختلاف آليات الابطال عن الانهاء والفسخ(٢٤٦).

فبينما بطلان العقد أو ابطاله وسيلة فنية تواجه ما قد يواكب - زمنيا - ابرام العقد من تخلف أركانه وشروط صحته. فإن الفسخ جزاء للإخلال اللاحق من جانب أحد المتعاقدين لإلتزامه بخطأه بعد إذ أبرم العقد صحيحا مستوفيا أركانه وشروطه. مما يستلزم أن يقع هذا الاخلال فى الإطار الزمنى للعلاقة التعاقدية وليس قبل ابرامها.

كذلك فإن الانهاء كوسيلة للتحلل من العقد لا يستند لأسباب متعلقة بإبرامه وإنما يستند لأسباب راجعة - لأى من طرفيه - أثناء تنفيذ العقد فى الإطار الزمنى له(٢٤٧).

وعلى ذلك لا يصح التحلل من العقد فى هذا الفرض استنادا للحق فى الفسخ لأنه لا يسوغ أن تعتبر الجريمة المرتكبة قبل إبرام عقد العمل من قبيل الإخلال بإلتزام تعاقدى حيث لم يكن العقد قد ابرم بعد.

كذلك لا يصح الاستناد فى هذا الفرض لقواعد الانهاء بالإرادة المنفردة بنسبة الخطأ التأديبى للعامل، حيث كان ما نسب إليه واقعا قبل ابرام عقد

(٢٤٦) مع تسليمنا بأن إرتكاب جريمة قبل الالتحاق بالعمل ينبئ عن عدم صلاحية العامل ويبرر التحلل من العقد، لكن وفقا للآليات القانونية المناسبة.

(٢٤٧) قريب من هذه التفرقة ما يعرفه القانون المدنى من تقرير البطلان لإستحالة المحل عند إبرام العقد وتقرير الإنفساخ للإستحالة الطارئة بعد الابرام إذا كانت بقوة قاهرة وتقرير الفسخ إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة لخطأ المدين.

العمل وبالتالى قبل تحمله بالواجبات الوظيفية التى يبدأ التزام العامل بها من تاريخ ابرامه للعقد(٢٤٨).

وبالتالى لا يكون أمام صاحب العمل للتحلل من العقد فى هذه الحالة إلا الاستناد لقواعد الإبطال للتدليس بالكذب أو بالكتمان حيث يكون العامل قد أكد براءته أو قدم شهادات مزورة أو أخفى هذه المعلومة عنه - ذلك ما لم يكن ممكنا تكييف هذه الحالة - تقديمه شهادة حالة جنائية مزورة أو تأكيده براءته - بما يدخلها فى نطاق م ١/٦١ عمل التى أجازت فصل العامل فى حالة إنتحاله شخصية غير صحيحة أو قدم شهادات أو توصيات مزورة(٢٤٩).

ذلك مع إنتقادنا نص م ٦١/ ١ عمل نفسه الذى سمح بإستخدام آليات الإنهاء مقام آليات الإبطال للتدليس عن واقعة تمت قبل ابرام عقد العمل(٢٥٠).

---

(٢٤٨) أنظر نقض ٤٩/٣٩٥ ق - جلسة ١٩٨٤/٤/٨ مشار اليه فى د. خميس السيد اسماعيل - موسوعة المحاكمات التأديبية أمام مجلس الدولة - ص ٧٦ - ٧٩.
"مؤدى أن المحكوم عليه بعقوبة جنائية وقد افتقد شرط الصلاحية اللازمة قانونا للتعيين يكون قرار تعيينه باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة لأن شروط التعيين مقررة للمصلحة العامة .... وحيث أصدرت الطاعنة قرارا بسحب تعيينه لديها، فيكون هذا القرار الأخير بمنأى عن التعسف.
ونعت محكمة النقض على الحكم المطعون عليه أنه اعتبر انهاء العلاقة فسخ مشوب بالتعسف، وأكدت أن القرار هو سحب لقرار تعيين باطل بطلانا مطلقا".

(٢٤٩) أنظر نفس الاتجاه م ٥/٨٣ من نظام العمل السعودى "إذا ثبت أن العامل لجأ إلى التزوير ليحصل على العمل، م ٣٤/أ من نظام العمل العراقى "إذا انتحل العامل شخصية كاذبة أثناء عمله أو اعتمد فى حصوله على العمل على وثائق مزورة"؛ م ٥٥/ح قانون عمل كويتى "إذا انتحل الأجير جنسية كاذبة".

(٢٥٠) وقد يكون سبب هذا التجوز عن الدقة القانونية، رغبة المشرع فى تجنيب صاحب العمل مشاكل إبطال العقد المتمثلة فى اجراءات دعوى الإبطال على اعتبار أن
=

- أما عن الصلة الموضوعية بين الجناية وعمل العامل من ناحية. والوصف المتطلب فيها (الاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة) من ناحية أخرى بمعنى هل سوى التشريع فى قرينة الخطأ التأديبى بين الجناية المرتكبة داخل دائرة العمل وبين الجناية المرتكبة خارج دائرة العمل بحيث يعد ارتكابها على اطلاقه خطأ تأديبيا أم أنه عامل الجناية معاملة مختلفة بحسب دائرة ارتكابها شأن معاملته للجنحة.

الرأى الذى عليه غالبية الفقه أن صياغة نص م ٦١ عمل تفيد الاطلاق وبالتالى فإن ارتكابها سواء داخل دائرة العمل أو خارجه أى فى اطار حياته الخاصة ولو لم تكن مخلة بالشرف أو الآداب العامة يفترض فى شأنها الخطأ التأديبى(٢٥١).

= الابطال لا يتقرر إلا بحكم قضائى ويكون العقد الى حين صدور الحكم بالابطال قائما ونافذا فى ظل نظام القابلية للإبطال.

مع ذلك فإننا نرى أنه كان يمكن التغلب على هذه المشاكل ببعض التعديل فى آلية الإبطال. سواء بتبنى نظام العقد الموقوف وبالتالى يعتبر العقد قائما إلا أنه غير نافذ إلى حين إجازته أو التمسك بالإبطال.

سواء بالسماح لمن يتمسك بالإبطال بالتصرف على إعتبار العقد باطلا دون إنتظار حكم قضائى يقرره وذلك من باب القياس من باب أولى على ما أتجه إليه القضاء فى شأن فسخ عقد العمل.

إذ بينما تجوز القضاء وسمح للمتعاقد المتضرر أن يعتبر العقد مفسوخا دون إنتظار الحكم بالفسخ برغم أن العقد أبرم صحيحا، وذلك إستجابة لمخاطر ومضار الابقاء على العلاقة القانونية مع من أخل بإلتزامه اخلالا جسيما فى عقد العمل الذى يظهر فيه الاعتبار الشخصى. فإن العلة تظهر من باب أولى فى خصوص التمسك بإبطال عقد العمل الذى شاب الخلل شروط صحته، حيث تظهر فيه أيضا أهمية الاعتبار الشخصى وتأثره بخطورة الابقاء على علاقة مطلوب إبطالها.

(٢٥١) د. عبد الودود يحيى ص ٣٢٧، د. عبد الناصر العطار ص ٢٤٩.

أحمد شوقى المليجى ٤٧٧ - ٢٤٧، د. عبد القادر الحاج ص ١٧٠، د. اسماعيل غانم ص ٤٣٣، د. محمد لبيب شنب ص ٢٥٧، د. فتحى المرصفاوى ص ٤٣٩، فى نفس الاتجاه قانون العمل اللبنانى م ٦/٧٤ السابق الإشارة اليه، م

=

أما من ناحية السياسة التشريعية:

فالبعض يعارض النهج التشريعي – على التفسير السابق – في اطلاق الاستدلال على الخطأ التأديبي في حال ارتكاب الجناية ولو في اطار الحياة الخاصة للعامل بغير قيد.

ويرى أن الأولى بالمشرع أن يحصر حالة الاستدلال على الخطأ التأديبي – والتي يقيم قرينة عليها – في حالة ارتكاب الجناية خارج دائرة العمل على الحالة التي يمثل ارتكابها اخلال بحسن سير العمل وتأثيرا سلبيا على سمعة المشروع والثقة في العامل وهو ما يتحقق في رأيهم بتقييد افتراض الخطأ التأديبي على الحالة التي تكون فيها الجناية المرتكبة خارج دائرة العمل مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة(٢٥٢).

أما فيما عدا ذلك فإن الجناية المرتكبة خارج دائرة العمل في اطار الحياة الخاصة للعامل لابد أن تظل بمنأى عن رقابة صاحب العمل ولا يجوز افتراض التأديبي في حال ارتكابها، وبحيث يكون ثبوت وصف الخطأ التأديبي عندئذ منوط بالتقدير القضائي في خصوص كل حالة على حدة

= ٩٤/٧ من قانون العاملين المدنيين بالدولة – م ٩٦/٧ من قانون العاملين بالقطاع العام – م ٤٥ من قانون شركات قطاع الأعمال العام، د. محمد عصفور – المرجع السابق – ص ١٨٩، المستشار عبد الوهاب البنداري – العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوى الكادرات الخاصة – دار الفكر العربي ص ٢٧٣ – ٢٧٦.

(٢٥٢) د. عبد الودود يحيى – شرح قانون العمل ١٩٨٧ ص ٣٢٧، د. عبد الناصر العطار – شرح أحكام قانون العمل – ١٩٨٩ ص ٢٥٠، آراء بعض الفقه المشار اليها في رسالة د. محمد عماد البربري ص ٤٠.

بحسب ما يراه فى تأثير ارتكابها وتعارضه مع مقتضيات الوظيفة وطبيعة العمل.

- من جانبنا نرى أن تفسير نص م ٦١ عمل مع الأخذ فى الاعتبار بما جاء فى م ٦٧ عمل يؤدى إلى هذا الاقتراح الذى ذهبت إليه غالبية الفقه، بحيث نعتبره هو مقتضى النص ومقصوده (القانون الوضعى).

- ذلك أنه إذا كان تأمل نص م ٦١/٧ عمل يفيد لأول وهلة أن اصطلاح "جناية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب" الوارد بها جاء مطلقا بما يجعله منصرفا للجناية أو الجنحة المرتكبتين داخل أو خارج دائرة العمل وبحيث يكون وصف الاخلال بالشرف أو الآداب العامة منصرفا للجريمتين أيا كان مكان ارتكابهما. على اعتبار أن لفظة "أو" الواردة فى النص تفيد التخيير وأن هذا التخيير جاء مقترنا بوصف واحد ينصرف لكلا الخيارين مفهومين بطريقة مطلقة.

- إلا أن ما جاء فى م ٦٧ عمل - من اضافة "أو أى جنحة داخل دائرة العمل"، يفيد أمران:

من ناحية: بدلالة النص[٢٥٣]: أن كل جناية داخل دائرة العمل تعتبر ارتكابها على اطلاقها خطأ تأديبيا وذلك قياسا من باب أولى على الجنحة المرتكبة داخل دائرة العمل. باعتبار أن المشرع نظر فى افتراض الخطأ

---

(٢٥٣) هو المعنى الذى لا تدل عليه عبارة النص أو اشارته لكن يستنتج من مفهومه بالنظر للعلة من الحكم الذى تدل عليه عبارات النص.

التأديبى فى هذا المقام من جانب لمكان ارتكاب الجريمة إلا وهو دائرة العمل الذى يتطلب درجة عالية من الانضباط والالتزام السلوكى.

ومن جانب آخر لجسامة الجرم فتطلب أن يكون جنحة[٢٠٤]. وإذ تشترك الجناية مع الجنحة فى دائرة ارتكابها - فى حال ارتكابها داخل دائرة العمل. وتزيد عنها فى الجسامة يكون قد تحقق وجه القياس من باب أولى فى افتراض الخطأ التأديبى حال ارتكابها دون تطلب أى وصف اضافى فى شأنها. وهو ما يمكن الاستناد إليه سواء لتبرير تقييد الاطلاق الوارد فى م ٦١ فى شأن الجناية سواء للقول بأن م ٦١ تقصد الجناية الواقعة خارج دائرة العمل أما الجناية داخل دائرة العمل فهى مسكوت عن حكمها ويستنتج عن طريق التفسير من باب أولى على ما قدمنا.

ومن ناحية أخرى: بإشارة النص[٢٠٥] أن التخيير الموصوف بالاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة الوارد فى م ٦١ عمل وم ٦٧ انما ينصرف للجناية والجنحة المرتكبتين خارج دائرة العمل دون ما يرتكب منهما داخله. بحيث لا يفترض الخطأ التأديبى فى شأن أى منهما الا حال اتصافهما بوصف الاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة[٢٠٦].

---

(٢٠٤) بحيث يترك ما دون ذلك فى الجسامة - مخالفة - فى تقدير اتصافه بوصف الخطأ التأديبى للسلطة التقديرية للقاضى بحسب القواعد العامة دون افتراض له.

(٢٠٥) وهو المعنى الذى لا تدل عليه عبارة النص بذاتها لكنه معنى لازم لمعنى دلت عليه عبارته لزوما لا انفكاك له.

(٢٠٦) أما فى غير هذه الحالة - أى حيث لا تكون مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة - فيكون اثبات الخطأ التأديبى للسلوك الاجرامى للعامل متروك للقاعدة العامة فى أن تكييف الخطأ لتأديبى فيما ينسب للعامل من سلوك متروك لتقدير القضاء بالنظر لمدى تعارضه مع مقتضيات الوظيفة وطبيعة العمل وهدف المشروع وحسن سير العمل به.

أما الجناية والجنحة المرتكبتين داخل دائرة العمل فإنه يفترض فى شأنهما على اطلاقهما الخطأ التأديبى وهو ما تبين فى خصوص الجنحة بعبارة النص وفي خصوص الجناية بدلالته(٢٥٧).

أضف إلى أن هذا التفسير يستجيب لما هو متفق عليه من ضرورة التمييز فى المعاملة بين ما يقع من العامل فى اطار دائرة العمل وبين ما يقع منه فى اطار حياته الخاصة خارج دائرة العمل.

فبينما يطالب العامل فى داخل دائرة العمل التى يخضع فيها لاشراف وتبعية رب العمل بدرجة من الانضباط والالتزام السلوكى أعلى درجة من هذا المتطلب فى خارج دائرة الحياة المهنية. بما يقتضى توسيع دائرة الخطأ التأديبى فى تقدير سلوك العامل الذى يصدر منه داخل دائرة العمل، آخذين فى الاعتبار طبيعة الوظيفة وانتظام العمل فى المشروع والتعاون بين العمال، عنه فى خارجه. كل هذا - دون القول بوجود تلازم مطلق بين ما هو جريمة وبين ما هو خطأ تأديبى - يدعونا إلى تأييد الموقف التشريعى من افتراض الخطأ التأديبى فى حال ارتكاب الجناية داخل دائرة العمل على اعتبار أن هذا الافتراض يؤيده الواقع من أنه فى الغالبية العظمى من الحالات تكون الجناية المرتكبة داخل دائرة العمل مخلة بحسن سير العمل

(٢٥٧) أنظر اتجاه مؤيد فى الفقه المصرى د. حسام الأهوانى - المرجع السابق - ص ٤٠٠ وان كان يقترح تعديل النص بإطلاق الجناية المرتكبة خارج دائرة العمل من هذا القيد لجسامتها. - د. أحمد خليفة البيومى - رسالته - ص ٣٣٥ - ص ٣٣٧ ويرى بدوره نفس اقتراح د. حسام الأهوانى - د. محمود جمال الدين زكى - قانون العمل - ط ٣.

أنظر نفس صياغة القانون المصرى وبالتالى فى رأينا نفس التفسير: قانون العمل اليمنى م ٥٠/ز - قانون العمل الليبى م ٥١.

بالمشروع ومصالحه وسلامه الاجتماعى كما ينبئ عن خطورة اجرامية لفاعله مما يتعذر استمرار التعاون معه كما يؤثر سلبيا على ثقة المشروع لدى العملاء.

وبالتالى نرى أن هذا الافتراض فى شأن الجناية الواقعة داخل دائرة العمل، افتراض يستقيم أمره ولا يصطدم مع الاعتبارات الفنية لفكرة الخطأ التأديبى.

لكننا نقترح أن يسمح لرب العمل باثبات الخطأ الجسيم فى حق العامل تحت تقدير القضاء، لتأييدنا فكرة تدرج الخطأ.

أما فى شأن الجناية خارج دائرة العمل - والأمر نفسه فى شأن الجنحة خارج دائرة العمل - فان المشرع قدر بحق أن الحياة الخاصة للعامل الأصل فيها أن تظل بمنأى عن رقابة صاحب العمل وتدخله فيما لا تأثير سلبى لها على حسن سير العمل بالمشروع أو سمعته أو ثقة العملاء أو متعارضا مع مقتضيات وظيفته وهدف بالمشروع(٢٥٨). ومما لا شك فيه

(٢٥٨) انظر أحكام محكمة ادارية عليا منشورة فى د. سليمان محمد الطماوى - القضاء الادارى - الكتاب الثالث - قضاء التأديب - دراسة مقارنة - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى ص ١٩٤ خاصة ٦١/٥/٢٠ س ٦ ص ١٢٠٢ "الموظف الحكومى لا تقتصر مسئوليته عما يرتكبه من أعمال فى مباشرته لوظيفته الرسمية، بل أنه قد يسأل كذلك تأديبيا عما يصدر منه خارج نطاق عمله، .... فهو مطالب على الدوام بالحرص على اعتبار الوظيفة التى ينتمى اليها، ولا يجوز أن يصدر منه ما يمكن أن يعتبر مناقضا للثقة الواجبة فيه والاحترام المطلوب له..." محكمة ادارية عليا ٦٥/٥/٢٣ س ١٠ ص ١٤٢٣ سلوك الموظف الشخصى فى غير نطاق الوظيفة ينعكس على سلوكه العام فى مجال الوظيفة من حيث الاخلال بكرامتها ومقتضياتها، ووجوب أن يلتزم الموظف فى سلوكه ما لا يفقده الثقة والاعتبار، إذ لا يقوم عازل سميك بين الحياة العامة والحياة الخاصة، يمنع كل تأثير متبادل بينهما. ولا يسوغ للموظف العام، ولو كان خارج نطاق الوظيفة، أن =

أن أظهر حالات التعارض بين ما يقع خارج دائرة العمل وبين مقتضيات الوظيفة التي تبرر الافتراض التشريعي للخطأ التأديبي أن تكون الجناية – أو الجنحة – المرتكبة خارج دائرة العمل مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة على اعتبار أن ما تختل به الثقة في الشخص في اطار حياته الخاصة تختل به في اطار حياته المهنية لأن الثقة لا تتجزأ وأن من يفرط في مبادئ الشرف أو الآداب العامة خارج دائرة العمل لا يؤتمن داخله.

أما ما عدا ذلك من حالات فلقد قدر المشرع أنه لا مجال معه لافتراض الخطأ التأديبي ويترك أمر اثباته للقواعد العامة تحت تقدير القضاء.

هذا الموقف التشريعي في حصر افتراض الخطأ التأديبي في هذه الحدود يستجيب من ناحية لأساس سلطة رب العمل التأديبية سواء أسست على النظرية الفردية التقليدية القائمة على فكرة التبعية وحدودها وحسن النية في تنفيذ العقود سواء أسست على النظرية اللائحية في الحدود المحققة لمصلحة المشروع[٢٥٩].

= ينسى أو يتناسى، أنه موظف تحوطه سمعة الدولة، والكثير من التصرفات الخاصة للموظف قد تؤثر تأثيرا بليغا في حسن سير المرافق وسلامته، ومنها ما قد يؤثر تأثيرا فاضحا في كرامة الوظيفة ورفعتها. فعليه أن يتجنب كل ما قد يكون من شأنه الاخلال بكرامة الوظيفة واعتبار الناس لها، د. محمد عصفور – نحو نظرية عامة من التأديب دراسة تحليلية ومقارنة لنظم التأديب من نطاق قانون العمل والوظيفة العامة والمهني الحرة – عالم الكتب – ١٩٦٧ ص ١٩٤، م ٦٩٥/ مدني.

Lanmy Sore. 1984. P. 748.

(٢٥٩) أرجع في عرض أساس السلطة التأديبية وحدودها.

J. Savatier, J., Rivero: droit du travail ed. Themis 1991 P. 182 - 187; Michel Despax, J. Pellissier: la gestion du personnel. ed. Cujas T.2 P. 23.

كما يتفق من ناحية أخرى مع استقلال المسئولية التأديبية(٢٦٠) بحسب الأصل عن المسئولية الجنائية. بحيث لا يشترط فى الخطأ التأديبى أن يكون جريمة، والواقع يزخر بأمثلة لا تقع تحت حصر(٢٦١)، كما لا ترتب كل جريمة المسئولية التأديبية. إذ قد لا يترتب على الجريمة اخلال بحسن سير العمل داخل المشروع كما لا يعتبر ارتكابها متعارضا مع مقتضيات الوظيفة برغم كونه جناية، خاصة فى ظل الاسراف التشريعى للجرائم السياسية(٢٦٢).

مع ذلك فإننا نقترح على مستوى السياسة التشريعية أن تمتد قرينة الخطأ التأديبى فى حالة الجناية الواقعة خارج دائرة العمل، اضافة لما ورد النص عليه فى حالة الاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة، لحالة

---

(٢٦٠) اذ يرتبط الخطأ التأديبى بتتبع الاخلال بحسن سير العمل والثقة فيه وجودا وعدما استقلالا عن الوصف الجنائى للفعل. بمعنى أن المعول عليه فى اثبات وصف الخطأ التأديبى ليس بطبيعة السلوك ولكن بأثره السلبى على حسن سير العمل بالمشروع.

V. Pierre ortschedit droit displinaire et droit du licenciement" Dr. Soe 87, P. 11.

(٢٦١) الطعن ٣٧/٢٧٧ ق - جلسة ١٩٧٣/٦/٢٣ فى عصمت الهوارى جـ ١ ص ٢١٨ قاعدة ١٢٨ "لا يمتنع على المحكمة المدنية البحث فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يعتبر اهمالا جسيما إذ يجوز أن يكون خطأ مدنيا دون أن يوجد خطأ جنائى" - أنظر أيضا فى أمثلة على الخطأ التأديبى المفترض مما لا يعد جريمة م ٣/٦١ - ٤ - ٨ - ٩ عمل، م ٥٨ / - ١ -٢ عمل.

(٢٦٢) أنظر القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ جريدة رسمية ع ٥ الصادر فى ١٩٧٧/٢/٣ والقانون ١٩٧٧/٤٠ بنظام الأحزاب السياسية الذى يعاقب بالسجن كل من انشأ أو نظم أو أدار تنظيما حزبيا على خلاف القانون (جريدة رسمية ع ٢٧ فى ١٩٧٧/٧/٧). القانون ٧٨/٣٣ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى - جريدة رسمية ع ٢٢ مكرر فى ٧٨/٦/٣ - والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ المعروف بقانون العيب - جريدة رسمية ع تابع فى ١٩٨٠/٥/١٥ - أنظر أمثلة لجرائم من القانون العام التى يصعب القول بأنها تخل بحسن سير العمل داخل المشروع م ١٤٢ ع - م ١٤٤م.

الاعتداء على صاحب العمل أو نائبه أو المدير المسئول سواء بسبب العمل سواء بغير صلة به وكذلك حالة الاعتداء على أحد رؤسائه أو أحد زملائه بسبب العمل. على أن يسمح لرب العمل باثبات الخطأ الجسيم فى حق العامل تحت تقدير القضاء، لتأييدنا لفكرة تدرج الخطأ على ما بينا. ووجاهة اضافة هذه الحالة ضمن الافتراض التشريعى للخطأ التأديبى رغم وقوعها خارج دائرة العمل، يرجع ظهور تأثيرها السلبى على حسن سير العمل ووضوح تعارض ارتكابها مع مقتضيات الوظيفة وطبيعة العمل بما يبرر هذا الافتراض للخطأ التأديبى الجدى المبرر لانهاء عقد العامل. وهو ما لا تغطيه بالكامل م ٦١/٩(٢٦٣).

أما فى غير هاتين الحالتين فإن اثبات الخطأ التأديبى فى حالة ارتكاب العامل لجناية خارج دائرة العمل يخضع للقواعد العامة فى الاثبات تحت تقدير القضاء بالنظر لتعارض هذه الجريمة مع مقتضيات الوظيفة وطبيعة عمله وهدف المشروع(٢٦٤).

---

(٢٦٣) م ٦١/٩ عمل "إذا وقع من العامل إعتداء على صاحب العمل أو المدير المسئول أو إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه".

(٢٦٤) من الجدير بالذكر أنه فى ظل القانون الفرنسى الذى خلى من نص يفترض الخطأ التأديبى فى بعض حالات الجريمة المرتكبة من العامل، فإن الفقه والقضاء تبنى معيار مرن لكل ما يصدر عن العامل من جرائم سواء داخل أو خارج دائرة العمل وأيا كانت جسامته دون افتراض له فى حالة بعينها

V. Michel Roger "les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail". Dr. soc. 1980. No 22 - 25; Michel Despax op.cit. No. 22 - 27; Lamy social 84 P. 845; 748 - Cass. Soc. 20 nov. 1991 Dr. Soc. 92 P. 79 en principe, il ne peut être procédé ou licenciement d'un salarié pour une cause tiré de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'interessé compte tenu de ses fonctions et de la finallité propre de l'entreprise a creé un trouble caracterisée au sein de cette dernière.; Français Gaudu: le licenciement pour perte de confiance "Dr. soc. 92 No 16 - 1 7 - 18; Alain chirez: la perte de confiance par l'employeur constitute - t - elle =

ازاء ذلك يكون تحديد المقصود بدائرة العمل ذو أهمية، على اعتبار المعاملة التشريعية المختلفة للجناية الواقعة داخل دائرة العمل(٢٦٥) عن الجناية الواقعة خارجه(٢٦٥/١). إلا أنه تجنبا للتكرار فإننا نؤجل تحديده إلى حين دراسة الجنح على اعتبار وحدة الموضوع. فإذا كان ذلك هو الشأن فى الجناية فما هو فى خصوص الجنحة.

ثانيا: الجنحة:

ميز الشارع فى اطار قانون العمل بين الجنحة(٢٦٦) الواقعة خارج دائرة العمل وتلك الواقعة داخل دائرة العمل.

= une cause rélle et sérieuse de licenciment. Dalloz 81 chr. P. 193 - 197; Pierre ortschedit "droit disciplinaire et droit du licenciement "Dr. soc. 87 P. 11; Michel Despax. J. Pelissier: "la jestion du personnel ed. cujas T .1 P. 320; Michel Despax; la vie extra - professionelle du salarié et son incidence sur le contract de travail": J.C.P. 63 No. 1779. sépc. No 22 - 21.

(٢٦٥) حيث يفترض فى شأنها الخطأ التأديبى مطلقة من الوصف.

(٢٦٥/١) حيث لا يفترض فى شأنها الخطأ التأديبى الا حيث تكون مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أما فيما عدا ذلك فان اثبات الخطأ التأديبى يخضع للقواعد العامة فى اثبات الخطأ التأديبى.

(٢٦٦) الجنح هى الجرائم المعاقب عليها باحدى العقوبتين الآتيتين:- الحبس، والغرامة التى تزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه. (م ١١ ع معدلة بالقرار بقانون ١٦٩/ن). بينما المخالفات هى الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التى لا تزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه (م ١٢ ع).

تطبيقا لذلك: فإنه إذا قرر القانون لجريمة ما عقوبة الحبس أيا كانت مدته فهى حتما جنحة، إذ لا يتصور أن يكون الحبس هو عقوبة المخالفة.

أما إذا كانت العقوبة هى الغرامة فالعبرة فى وصف الجريمة بالحد الأقصى للغرامة وفقا للنص لا بالعقوبة التى ينطق بها القاضى مستعملا سلطته التقديرية. أنظر د. محمودنجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٥٤. أنظر نقض ٦٩/٤/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ١١٢ ص ٥٣٩. كما أن العبرة فى الوصف بالحد الأقصى المقرر فى النص دونما نظر للحد الأدنى نوعا وقدرا.

أنظر د. محمد زكى أبو عامر - المرجع السابق - ص ٣٦٤ - ٣٦٥.

١ - الجنحة الواقعة خارج دائرة العمل

يستفاد من نص م ٦١ وم٦٧ عمل أن المشرع حصر القرينة القانونية القاطعة على الخطأ التأديبى المبرر للإنهاء المستفاد من الجنحة الواقعة خارج دائرة العمل فى حالة كونها مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة. بحيث لا تقوم القرينة القانونية على الخطأ التأديبى من ارتكابها فى غير هذه الحالة، وهو ما يتضح من مقابلة م ٦٧ عمل للجنحة المرتكبة داخل دائرة العمل وهذه يستفاد منها الخطأ التأديبى فى جميع الأحوال والجنحة المرتكبة خارجة وهذه لا يستفاد منها الخطأ التأديبى إلا فى حالة كونها مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أو حيث يوجد نص خاص يقرر ذلك(٢٦٧).

ووفقا لهذه النصوص التشريعية فانها باعتبارها قيدت ثبوت قرينة الخطأ التأديبى فى حالة الجنحة خارج دائرة العمل بضرورة اتصافها بوصف الاخلال بالشرف أو الآداب العامة أو الأمانة، فإنه فيما عداها يقع على صاحب العمل عبء اثبات الخطأ التأديبى ودرجته تحت رقابة القضاء

---

(٢٦٧) م ٩/٦١ عمل "إذا وقع من العامل اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسئول أو إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه".

هذا النص لم يشترط فى الاعتداء أن يصل لدرجة الجريمة، وتارة يعتد به فى حالة كون المجنى عليه صاحب العمل أو المدير المسئول أيا كان درجة الاعتداء ومكانه وزمانه وسببه وتارة أخرى حيث يكون المجنى عليه أحد رؤساء العمل بشرط أن يكون اعتداء جسيما وأن يتم الاعتداء أثناء العمل أو بالأقل بسببه فى حالة ارتكابه خارج دائرة العمل. - أنظر فى تفسير هذا النص د. حسام الأهوانى - د. محمد لبيب شنب - د. فتحى المرصفاوى - وغيرها من مراجع قانون العمل.

وتقديره، على اعتبار أن الأخطاء التأديبية غير واقعة تحت حصر سواء ما اتخذ منها شكل الجريمة أو لم يتخذ.

ومبرر الاستدلال التشريعى على الخطأ التأديبى فى حالة الجنحة الواقعة خارج دائرة العمل – فى حالة كونها مخلة بالشرف، أنه لا يقوم عازل سميك أو حاجز بين الحياة الخاصة والحياة المهنية كما أن الثقة لا تتجزأ وبالتالى يسوغ أن يستفاد من الجنحة المخلة بالاعتبار والشرف خارج دائرة العمل اختلال الثقة فى نطاق العمل بما فى ذلك من تعارض مع كرامة الوظيفة وسمعة المشروع[٢٦٨].

فى نطاق القانون المقارن: نجد أن قانون العمل اللبنانى لا يرتب قرينة تشريعية على الخطأ التأديبى فى حالة ارتكاب الجنحة خارج دائرة العمل أيا كان وصفها[٢٦٩]، متبنيا استقلال الحياة الخاصة للعامل عن حياته المهنية.

فى قانون العمل الليبى والعراقى واليمنى والكويتى: فإنه لا تقوم القرينة التشريعية على الخطأ التأديبى من ارتكاب الجنحة عموما – داخل

---

(٢٦٨) انظر ما أشرنا إليه سابقا: ادارية عليا ٦٥/٥/٢٣ س ١٠ ص ١٤٢٣.

(٢٦٩) م ٦/٧٤ لبنانى اذا حكم على الأجير بالحبس سنة فأكثر لارتكابه جناية، أو إذا ارتكب جنحة فى محل العمل وأثناء القيام به وإذا حكم على الأجير لأجل الأفعال المنصوص والمعاقب عليها فى م ٣٤٤ع". وهذه الأخيرة خاصة بجنحة عدم تنفيذ قرار تحكيم أو أى حكم من محاكم العمل. أنظر د. محمد لبيب شنب – قانون العمل اللبنانى ص ٢١٤. – بما يترك الاستدلال على الخطأ التدريبى ودرجته فى حالة ارتكاب الجنحة خارج دائرة العمل، متروكا لتقدير القضاء بحسب الأصل العام.

أو خارج العمل - إلا إذا كانت مخلة بالشرف(٢٧٠)، أو إذا أخذت صورة الاعتداء على فئات محددة بالنص سواء داخل أو خارج دائرة العمل سواء داخل دائرة العمل فقط(٢٧١).

وبحيث يترك فيما عدا ذلك الاستدلال على الخطأ التأديبي ودرجته لتقدير القضاء بغير تقيد بقرينة تشريعية مسبقة.

بما يتبين معه وحدة التنظيم القانوني بين القانون المصري والقانون الليبي. العراقي. اليمني. والكويتي في شأن الجنح المرتكبة خارج دائرة العمل وانحصار الاستدلال في شأنها على الخطأ التأديبي المفترض تشريعيا

---

(٢٧٠) م ٥١/ثامنا ليبي "إذا حكم على العامل نهائيا في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة".
- أنظر م ٣٤/ط عراقي "إذا حكم على العامل نهائيا بجنحة أو جناية مخلة بالشرف قانون يمني م ٥٠/ز "إذا حكم على العامل في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة".
كويتي م ٤/٥٥ "إذا حكم على العامل في جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق

(٢٧١) م ٥١/ عاشرا ليبي إذا اعتدى العامل على صاحب العمل أو المدير المسئول وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أو أحد زملائه أثناء العمل وبسببه".
أنظر د. فتحي المرصفاوي - المرجع السابق - ص ٤٢٠ - ٤٣٠. مطابق له نص م ٩/٥٠ يمني اللهم "أثناء العمل أو بسببه" أنظر د. محمد عبد القادر الحاج ص ١٦٨ وما بعدها".
م ٦/٥٥ "إذا وقع من العامل اعتداء على أحد زملائه، أو على صاحب العمل أو من ينوب عنه، أثناء العمل أو بسببه".
واضح من النص أنه لم يشترط في الاعتداء أن يمثل جريمة. وأنه مايز بحسب شخصي المعتدى عليه فتارة يرتب الخطأ التأديبي الجسيم أيا كان مكان الاعتداء وسببه وتارة أخرى يحصره في حالة ارتكابه أثناء العمل وسببه.
- م ٣٤/ح عراقي "إذا ارتكب جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات بحق أحد ممثلي الادارة أو صاحب العمل". وذلك أيا كان مكان وقوعها وأيا كان سببه.

على حالة كونها مخلة بالشرف(٢٧٢) أو حالات الاعتداء - سواء أخذت صورة الجريمة أو لم تأخذ - على الفئات المحددة بالنص(٢٧٣).

- قبل أن نبدأ بتقييم تنظيم قانون العمل المصرى من حيث السياسة التشريعية نرى مفيدا أن نعرض للتنظيم الوارد فى قانون العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وشركات قطاع الأعمال العام ثم لموقف القانون الفرنسى المقارن.

فوفقا لقانون العاملين المدنيين بالدولة (م ٩٤/٧)(٢٧٤) وقانون العاملين بالقطاع العام (م ٩٦/٧) وقانون شركات قطاع الأعمال العام (م ٤٥). يقتصر الاستدلال على الخطأ التأديبى المفترض - تشريعيا - المبرر لانهاء الخدمة فى حالة ارتكاب جنحة(٢٧٥) داخل أو خارج دائرة العمل على حالة

---

(٢٧٢) ينحصر الفارق فى الجنح المرتكبة داخل دائرة العمل التى تعطيها القوانين العربية السالفة ففى حكم الجنح المرتكبة خارج دائرة العمل، بينما القانون المصرى يستدل فى شأنها على الخطأ التأديبى فى جميع الحالات بغير قيد.

(٢٧٣) على التفصيل السابق الإشارة إليه فى خصوص مكان الاعتداء وسببه بحسب المجنى عليه.

(٢٧٤) م ٩٤/ ٧ (مطابق له م ٩٦/٧)"الحكم عليه بعقوبة جناية فى احدى الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو ما يماثلها من جرائم منصوص عليها فى القوانين الخاصة أو بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ".
م ٤٥ (قانون شركات قطاع الأعمال العام) "صدور حكم بات بعقوبة جناية أو بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ الشامل".

(٢٧٥) برغم أن وصف الجنحة لم يرد صراحة فى هذه النصوص، إلا أن تطلب أن يكون الحكم صادرا بعقوبة مقيدة للحرية يقطع بوصفها كجنحة، لأن المخالفات هى جرائم تنحصر العقوبة فيها على الغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه (م ١١ - م ١٢ع) ولا يتصور فيها العقوبة المقيدة للحرية.

كونها مخلة بالشرف بشرط أن يصدر حكم الادانة بعقوبة مقيدة للحرية. بحيث إذا صدر الحكم بغرامة - تزيد على مائة جنيه - فى جريمة مخلة بالشرف فإنه لا يجوز إنهاء خدمة العامل استنادا لادانته فيها(٢٧٦).

من جانبنا ننتقد هذا التنظيم(٢٧٧) من ناحية: لأن المقام هو الاستدلال على الخطأ التأديبى الذى يتعارض أرتكابه مع مقتضيات الوظيفة وحسن سير العمل ويخل بالثقة فى العامل، وهو ما يستفاد من طبيعة الجريمة المرتكبة وليس من العقوبة الواردة بالنص أو العقوبة المقضى بها.

---

(٢٧٦) ويزخر قانون العقوبات بجرائم الشرف المقرر لها عقوبة تخييرية بين الحبس والغرامة (م ٢٧٨ع معدلة بالقانون ٨٢/٢٩ - ٢٧٩ع - م ٣٢٣ مكرر - أولا - مضافة بالقانون ٨٠/٩٠ - م ٣٢٤ مكرر مضافة بالقانون ٥٦/١٣٦ ومعدلة بالقانون ٢٨/٢٩.
- أنظر فى التطور التشريعى لنص قانون العاملين المدنيين بالدولة: حيث كان نص م ١٠٧ من القانون ٥١/٢١٠ يعتبر أحد أسباب انهاء خدمة العامل الحكم عليه فى "جريمة مخلة بالشرف" دون تقييدها بأن يكون الحكم صادرا بعقوبة مقيدة للحرية واستمر الأمر على هذا الحال فى ظل القانون ١٩٦٤/٤٦ ولم يتغير النص لما هو عليه الآن إلا بالقانون ٧٠/٥٨ (م ٧٠). وبالنسبة لقانون العاملين بالقطاع العام: فلقد مر بنفس التطور السابق. مرحلة أولى: - م ٥٦ من لائحة العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العاملة الصادرة بالقرار الجمهورى رقم ٦٢/٣٥٤٦ والتى أنطبقت أيضا على العاملين بالمؤسسات العامة طبقا للقرار الجمهورى رقم ٦٣/٨٠٠ (م ٦).
- مرحلة ثانية: حيث اشترط النص أن يصدر الحكم بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة مخلة بالشرف - القرار الجمهورى ١٩٦٦/٣٣٠٩ (م ٧٥) وباقى الأنظمة التى تبعته للآن.
- أنظر فى هذا المستشار عبد الوهاب البندارى - العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام - دار الفكر العربى ص ٢٦٩، د. سليمان محمد الطماوى - القضاء الادارى. الكتاب الثالث. قضاء التأديب. دار الفكر العربى ١٩٨٧ ص ٢٥١

(٢٧٧) الوارد فى قانون العاملين بالدولة وبشركات قطاع الأعمال العام

من ناحية أخرى: أن المقام ليس هو قدرة العامل على أداء العمل من عدمه برغم الادانة حتى ينظر لما إذا كانت العقوبة مقيدة للحرية أم أنحصر الأمر في الغرامة(٢٧٨).

بل المقام على ما أشرنا هو الاستدلال على الخطأ التأديبي وهو ما يستدل عليه قاطعا من ارتكاب الجريمة المخلة بالشرف لما لها من أثر سلبى على الثقة فى العامل بغض النظر عن العقوبة المقضى بها.

وبالتالى لا يستساغ أن يحتفظ بمثل هذا العامل الذى أدين فى جريمة مخلة بالشرف لمجرد أنه لم يقضى عليه بعقوبة مقيدة للحرية.

أما عن موقف القانون الفرنسى فإنه فى غياب النص التشريعى الذى يحدد أوصاف الجريمة التى يستدل من ارتكابها على الخطأ التأديبى، فإن الفقه والقضاء تبنيا قاعدة مقتضاها أن سلوك العامل الخارجى فى اطار حياته الخاصة لابد أن يظل بمعزل عن رقابة صاحب العمل حماية لحريته الشخصية والتزاما بنطاق تبعية العامل لرب العمل التى تنحصر فى حدود الوظيفة، كما أن هذا مما يستجيب لأساس السلطة التأديبية لرب العمل ذات الغاية الوظيفية فى الحافظ على حسن سير العمل بالمشروع مما يكدرها أو يخل بالثقة فى المشروع وبما لا يتجاوز هذه الغاية. فى ضوء هذا، فإن

(٢٧٨) على العكس فإن الحكم بالعقوبة المقيدة للحرية من عدمه يكون له محله فى الجرائم غير المخلة بالثقة بطبيعتها أو التى لا يؤثر ارتكابها على حسن سير العمل بالمشروع – تشريعيا أو قضائيا – وبالتالى لا يجوز الاستناد إليها لإنهاء عقد العمل، ذلك أنه حيث تكون العقوبة المقضى بها عندئذ الغرامة أو غيرها من التدابير الجزائية فانها التى لا تحول بين العامل وأداء عمله على ما بينا فى مقدمة البحث.

المبرر الوحيد لمؤاخذة العامل على سلوكه الخارجى فى اطار حياته الخاصة أن يكون لهذا السلوك أثره السلبى على حسن سير العمل بالمشروع وسمعته والثقة فيه آخذين فى الاعتبار المركز الوظيفى للعامل ومقتضيات وظيفته وهدف المشروع ذلك من دون تمييز بين ما يعتبر جريمة وما لا يعتبر من سلوك العامل[٢٧٩]. ويتم بحث ذلك فى خصوص كل حالة على حدة. بل ولا يفيد صاحب العمل فى الاستدلال على الخطأ التأديبى التمسك بأن الجريمة المنسوبة للعامل مخلة بالشرف بل لابد من اقامة الدليل على أنها تخل بحسن سير العمل وبالثقة فى المشروع فى ضوء المركز الوظيفى وهدف المشروع وهو ما يتم تحت رقابة القضاء.

ولقد وجد هذا الاتجاه أساسه فيما ورد فى مقدمة الدستور الفرنسى - ١٩٤٦ - من أنه "لا يجوز أن يضار أحد فى عمله أو وظيفته بسبب أصله أو آرائه أو معتقداته". وتأكد هذا بالمادة 35 - L122 الواردة بالقانون الصادر فى ٨٢/٨/٤ حيث حظر أن تتضمن اللوائح الداخلية بالعمل نصوصا تقيد حقوق الانسان العامة وحرياته الفردية والجماعية، ما لم تكن هذه القيود مما تقتضيه طبيعة الوظيفة المستندة للعامل وفى الحدود اللازمة لذلك. ثم أضيف بالقانون الصادر فى ٨٦/١/١٧ ما يجب أن يظل بمنأى عن سلطة صاحب العمل فيما يضعه من لوائح داخلية: - أخلاقيات العامل - Ses moeurs ووضعه العائلى وأصله وآرائه ومعتقداته أو اعاقته.

(٢٧٩) هذا هو موقف القضاء المصرى للاستدلال على الخطأ التأديبى فى غير ما ورد النص على التمثيل له سواء كان جريمة أو لم يكن.

ثم تأكد هذا المعنى بنص المادة 45 - L122 بالقانون الصادر فى ١٩٩٠/٧/١٢ حيث حظر أن يتعرض العامل للجزاء التأديبى أ و الفصل بسبب أصله – جنسه – أخلاقياته – وضعه العائلى – انتمائه العرفى – آرائه السياسية – نشاه النقابى أو معتقداته الدينية.

– لذلك يعمد القضاء فى معرض ادانة العامل فى جريمة من جرائم القانون العام أن يتحرى أثرها فى شأن كل حالة على حدة على حسين سير العمل وسمعة المشروع مع الأخذ فى الاعتبار طبيعة الوظيفة ومقتضياتها وهدف المشروع دون ما تمييز بين جريمة وأخرى بما فى ذلك جرائم الشرف أو جرائم الآداب العامة.

علما بأن القانون الفرنسى فى نطاق الخطأ التأديبى يميز بين المبرر الجدى المشروع للإنهاء[٢٨٠] وبين الخطأ الجسيم والذى يترتب عليه حرمان العامل ليس فقط من التعويض عن الانهاء بل أيضا من الحق فى مهلة الاخطار[٢٨١]. وبالتالى فإن أحكام القضاء الفرنسى تحرص على تحرى واظهار ما للجريمة – الجنحة خارج دائرة العمل فى كل حالة على حدة من أثر سلبى على حياة سير العمل. ففى جريمة ارتكاب فعل فاضح علنى مخل بالحياء.
قضى[٢٨٢] بأنه "

(٢٨٠) الذى وان جعل الانهاء مشروعا إلا أنه يلزم صاحب العمل باحترام مهلة الاخطار

(٢٨١) L. 122 - 6 ; L 122 - 8c. Trav. L 122-9; L. 122- 14.

(٢٨٢) Cass. Ch. Civ. 19 Avril 1963 D. 63 P. 501

"Le salarié, poursuivi pour outrage public à la pudeur, creait un risque serieux de trouble par sa presence parmi le personnel".

وقضى(٢٨٣) بأنه "

"Lorsque la condamnation dont il a fait l'objet est de nature à rejaillir sur son activité professionnelle et à porter prejudice à son employeur pour le bon renom de l'entreprise".

وقضى فى شأن السرقة الواقعة خارج دائرة العمل(٢٨٤).

"En principe, il ne peut être procédé au licenciment d'un salarié pour une cause tiré de se vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'interesse, compte tenu de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, a crée un trouble caractérisé au sein de cette dernière ..... qui a l'obligation d'avoir un personnel dont la probité ne peut être mise en doute, que la vol ... avait entrainé un retentissement sur le credit et la réputation de cette dernière" (٢٨٤)

(٢٨٣) Cass. 11 mars 64 J.C.P. 64 No 13678.

(٢٨٤) Cass 20 nov. 1991 Dr. Soc. 92 P. 79.

وفى نفس المعنى فى خصوص شروع فى سرقة عن طريق تزوير مستندات فى اطار خارج المشروع.

Cass. 3 mai 1989 J.C.P. 89 No 21334 obs. M.G.; Cass. 16 mai 1991 G.P 1991 P. 281 somm.; Michel Despax - la vie extraprofessionnelle du salarie et son incidence sur le contrat de travail Op.Cit., No. 26.

(٢٨٥) فى نفس المعنى أنظر:

بعد إذ عرضنا لنص التشريع المصرى ومقتضاه والقانون المقارن، نثنى بالتعليق على نص قانون العمل المصرى من ناحية: بتحليل الضابط أو الوصف الذى تخيره النص للاستدلال على قرينة الخطأ التأديبى فى حالة ارتكاب جنحة خارج دائرة العمل سواء بتحديد المقصود بدائرة العمل وسواء بتحديد المقصود بالاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة.

من ناحية أخرى: - نعرض للنص من حيث تطاق هذا الضابط أو ذلك الوصف من وجهة نظر السياسة التشريعية.

فأما عن المقصود بدائرة العمل التى ما يقع خارجها يخرج عن اشراف رب العمل اللهم إلا إذا كانت من جرائم الشرف أو ما ورد فى شأنه نص خاص (م ٦١/٩ عمل) فنرجى تحديده إلى حين دراسة الجنح الواقعة داخل دائرة العمل.

- فأما عن ضابط الاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة(٢٨٦).

= Alain chirez "la perte de confiance par l'employeur constitute - t - elle une cause réelle et serieuse de licenciment: op.cit D. 81 P. 195; J. Savatier "le licenciment, à raison de ses moeures, d'un salarié d'une association a caractère religieuse Dr. Soc. 91 P. 485.

(٢٨٦) تاريخ هذا النص كان على النحو الآتى: ورد نص م ٨/٤٠ من المرسوم بقانون ٥٢/٣١٧ وقبله م ٨/٣٠ من القانون ١٩٤٤/٤١ على أنه يجوز لصاحب العمل فسخ العقد "إذا حكم على العامل نهائيا لجناية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق". ثم جاء نص م ٨/٧٦ من قانون العمل الموحد على النحو الذى عليه نص قانون العمل الحالى.

- أنظر م ٧/٩٤ من قانون العاملين المدنيين (قانون العاملين بالقطاع العام فى م ٧/٩٦ - م٤٥ من قانون شركات قطاع الأعمال العام): "..... أو بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.

فإننا نؤيد الفقه(٢٨٧) فى انتقاد النص فى شأن اضافة ضابط "الأمانة" الذى لا يعدو أن يكون تطبيقا خاصا لما يخل بالشرف. بمعنى أن مفهوم الشرف يستغرق ويتسع لمفهوم الأمانة دون أن يضيف إليه هذا الأخير جديدا.

وبالتالى فالرأى الذى نراه هو الاكتفاء بضابط "الشرف" والاستغناء به عن ضابط الأمانة(٢٨٨).

على العكس فإن "الآداب العامة" كضابط اضافى يتسع لمعنى لا يستوعبه ضابط الشرف لاستقلال المفهومين، وهو ما أستند اليه لرفض الاقتراح بحذف ضابط "الآداب العامة" من النص(٢٨٩).

– ازاء ذلك يكون مفيدا أن نعرض لتحديد مفهوم "جريمة الشرف" كضابط للخطأ التأديبى.

– فى غياب التحديد التشريعى لجرائم الشرف(٢٩٠)، فإن معظم القضاء والفقه يتبنى فى تحديد جريمة الشرف معيار موضوعى "مرن" ونسبى فيه يستشرف قاضى الموضوع القيم المستقرة المتعلقة بالاعتبار والسمعة والقاموس الأدبى من خلال ضمير الجماعة فى بيئة معينة وزمان معين.

---

(٢٨٧) أرجع المستشار البندارى – المرجع السابق ص ٢٧٨، د. محمود جمال الدين زكى – قانون العمل الكويتى – ص ٢٨١.

(٢٨٨) أنظر فى اكتفاء التشريع العراقى بضابط الشرف فى تحديد هذه الجرائم م ٢٤/ط "إذا حكم على العامل نهائيا بجنحة أو جناية مخلة بالشرف".

(٢٨٩) أنظر مضبطة الجلسة السبعين مشار إليه فى د. على عوض حسن – شرح قانون العمل – ١٩٨٢ ص ٣٤٦.

(٢٩٠) فى بعض الأحيان يحرص المشرع على أن يقرر أن جريمة معينة تعتبر من جرائم الشرف، مثال ذلك م١٨١/٢ من القانون ١٩٨١/٥٧ بشأن ضرائب الدخل فى خصوص اعتبار جريمة التهرب الضريبى من جرائم الشرف.

ولقد تعرضت المحكمة الادارية العليا ومحكمة القضاء الادارى والجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة لتحديد معيار جريمة الشرف(٢٩١). فورد في الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة في ١٩٦٨/٣/٢٠ (٢٩٢) "ان القانون لم يحدد ما يعتبر من الجرائم مخلا بالشرف أو الأمانة. ولعل المشرع فعل ذلك حتى يكون هناك مجال للتقدير، وأن تكون النظرة اليها من المرونة بحيث تساير تطورات المجتمع، فالجريمة المخلة بالشرف أو الأمانة هى تلك التى ينظر اليها المجتمع على أنها كذلك، وينظر الى مرتكبها بعين الازدراء والاحتقار، إذ يعتبر ضعيف الخلق، منحرف الطبع، دنئ النفس، ساقط المروءة".

وقضت محكمة القضاء الادارى بدائرة استئنافية(٢٩٣) "الشرف والأمانة ليس لهما مقياس ثابت محدد، بل هما صفتان متلازمتان، لمجموعة المبادئ

(٢٩١) د. خليفة البيومى - المرجع السابق - ص ٢٣٨، د. دنيا المباركة - المرجع السابق - ص ٢٠٥، د. البربرى - المرجع السابق - ص ٤١، أحمد شوقى المليجى ص ٢٤٧، ٤٧٨، ٣٨٢، د. محمد عبد القادر الحاج - قانون العمل اليمنى - ص ١٦٩، د. محمد حلمى - نظام العاملين المدنيين بالجهاز الادارى. وبالقطاع العام - دار الفكر العربى ط ٢ ١٩٧٤ ص ٦٣، د. مصطفى أبو زيد - القانون الادارى - ط ٣ - ١٩٩٠ ص ٣٩٦، المستشار عبد الوهاب البندارى - العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوى الكادرات الخاصة - دار الفكر العربى - ص ٢٥٥، أنظر ما ورد فى تقرير اللجنة التشريعية والدستورية لمجلس الشعب بمناسبة ما عرف "بنواب المخدرات": "فقد الثقة والاعتبار يجب أن يستند لواقعة تمثل اخلالا بالقيم الأخلاقية أو الاجتماعية أو الدينية أو ما تثير الفتنة أو تهدد المصلحة العامة". جريدة الأهرام فى عددها الصادر فى ٩١/٩/١٣.

(٢٩٢) س ٢٢ ص ٧.

(٢٩٣) بجلسة ١٩٧١/١٢/٢٧ فى القضية رقم ٥٧٠ لسنة ق مشار اليه فى د. محمد مختار محمد عثمان - الجريمة التأديبية بين القانون الادارى وعلم الادارة العامة - ط ١ - ١٩٧٣ - ص ٢٩٣دار الفكر العربى.

السامية والمثل العليا التى تواضع الناس على اجلالها واعزازها، فى ضوء ما تفرضه قواعد الدين ومبادئ الأخلاق والقانون السائد فى المجتمع، فهذه القواعد والمبادئ تتداخل جميعا، وتتآلف كلها، لينشأ من مجموعها المفهوم العام لمعنى الشرف والأمانة فى المجتمع، ويتكون على أساسه ميزان اجتماعى يزن الحسن والقبيح ويميز بين الخير والشر ويفوق بين الفضيلة والرزيلة".

وهذا المفهوم لا يخضع لمعيار ذاتى يرجع فيه إلى كل شخص على حدة ويتغير بتقديره الذاتى، بل هو مفهوم اجتماعى لما تواضع عليه الناس فى مجتمع معين، وهو لذلك يتبع المجتمع فى تطوره، ويختلف مدلوله باختلاف الزمان والمكان، وتبعا لاختلاف العادات والتقاليد والمعتقدات والمبادئ المستمدة من قواعد الدين والقانون. فما قد يعتبر ماسا بالشرف والأمانة فى مجتمع معين، قد لا يعتبر كذلك فى مجتمع آخر، أو فى زمان مختلف، كل ذلك تبعا لتطور الأفكار الاجتماعية، ومدى التزام السلوك الاجتماعى بقواعد الدين والأخلاق السائدة فى العصر. وكلما أقترب القانون من الدين كلما أرتفع المعيار الخلقى وأرتفع السلوك فى المجتمع، وعلى كل فإنه ينبغى ملاحظة مدى التقارب أو التباعد بين الدين والقانون فى هذا المجال".

ومن التطبيقات القضائية للمعيار الموضوعى فيما يعتبر من جرائم الشرف: السرقة[٢٩٤] والنصب[٢٩٥] وانتحال صفة ضابط والاستيلاء على

---

(٢٩٤) ١٩٥٠/٣/٢٨ محكمة قضاء ادارى س ٤ ص ٤٩٦.
(٢٩٥) قضاء ادارى ١٩٥٤/٢/٢١ س ٨ ص ٧٤٦.

مبالغ من بعض الأفراد والشروع فى سرقة[٢٩٦] واخفاء أشياء مسروقة[٢٩٧] وغش المواد الغذائية[٢٩٨] وغش الموازين[٢٩٩] وخيانة الأمانة والاشتراك فى تزوير محرر رسمى[٣٠٠] وفتح محل للعب القمار[٣٠١] وشهادة الزور وجريمة الهروب من الخدمة العسكرية[٣٠٢] وجرائم العرض[٣٠٣].

على العكس لم يعتبر من جرائم الشرف: الجرائم السياسية[٣٠٤] وجرائم الرأى[٣٠٥] واحراز سلاح بدون ترخيص[٣٠٦] والسب[٣٠٧] والضرب[٣٠٨] وجريمة الغياب والهروب من تحت التحفظ القانونى[٣٠٩] والتخلف عن أداء الخدمة العسكرية[٣١٠] والجريمة المنصوص عليها فى م ٩٨ ع وشراء نقد

---

(٢٩٦) فتوى القسم الإستشارى لمجلس الدولة ١٩٥٦/٩/١ س ١٠ ص ٣٥٦.
(٢٩٧) فتوى رقم ٢٥٨٢ فى ١٠/٣/ ٦٩ سجل ٦٩/٢٠٧.
(٢٩٨) فتوى ١١٩ فى ١٩٦٥/٢/١٥.
(٢٩٩) ف ٥٩٨٨ فى ٦٥/٩/١٩ ملف ٦٤٢/٤/٦.
(٣٠٠) قضاء إدارى ١٩٥٤/١٢/٩ س ٩ ص ١١٨.
(٣٠١) ف ٣١٥٠ فى ٦٧/٤/٢٤ ملف ٢٧٥/٤/٩.
(٣٠٢) ف رقم ٤ فى ٧٣/١/١ بجلسة ٧٣/١٢/٤.
(٣٠٣) الاغتصاب – الزنا – الدعارة – القوادة – الفعل الفاضح العلنى – خدش حياء أنثى بالطريق العام – التحريض على الفجور – افساد الأخلاق.
(٣٠٤) ج. فى ٦٧/١٠/١٤ س ٢٢ ص ٤ ب٢.
(٣٠٥) ق.أ ٣٤٤ لسنة ٥ فى ٥١/١٢/١٨ س ٦ ص ١٨٠ ب ٦٤.
(٣٠٦) ف ٣٥٤٧ فى ٦٥/٦/٢٣ ملف ٤٠١/١/١.
(٣٠٧) ف ٥٦/٤/٨ س ١٠ ص ٣٥٥.
(٣٠٨) ف ٧٨٩٩ فى ٦٧/١٢/٤ ملف ٣٣٢/٤/٩.
(٣٠٩) ف فى ٧٣/١/١ جلسة ٧٢/١٢/٤.
(٣١٠) ف بجلسة ٧٤/٣/١٣ – نقض فى الطعن ١٦٣٦ لسنة ٩ ق بجلسة ٩٣/٤/٢٩ – غير منشور لما كانت م ١٥٤ من القانون ١٩٦٦/٢٥ باصدار قانون الأحكام العسكرية تقرر عقوبة الاعدام لجريمة الهروب أو الشروع فى الهرب من خدمة القوات المسلحة وقت خدمة الميدان بينما تقرر عقوبة الحبس فى حالة ارتكابها فى غير خدمة الميدان. ولما كان القانون ٦٤/١١٦ أناط فى م ٩٧ منه بوزير الحربية اصدار قرار بتحديد الجرائم المخلة بالشرف، وكان وزير الحربية قد اصدر القرار رقم ٥٣٧ لسنة ٦٨ المعمول به فى تاريخ نشره فى ٦٩/١/١٥

=

أجنبى محظور التعامل فيه وتغيير الحقيقة فى سن أحد الزوجين فى عقد الزواج وجريمة تبديد الأموال المحجوزة حيث أعتبرت جريمة شرف فى ذاتها(٣١١) ومع ذلك لم تعتبر من جرائم الشرف إذا بددت بمعرفة مالكها المعين حارسا لها ما لم يكن عائدا(٣١٢).

وكذلك لم تعتبر من جرائم الشرف جريمة تبديد المنقولات المملوكة لزوجة المبدد بالنظر لأن ظروف ارتكابها يجعلها قائمة على الكيد وليس على خيانة الأمانة(٣١٣).

- ومع ذلك فلقد عمد اتجاه قضائى إلى الجمع بين المعيار الموضوعي العام الذى يأخذ فى اعتباره القيم الاجتماعية والأخلاقية السائدة وبين الاعتبارات الشخصية المستمدة من طبيعة الوظيفة ونوع العمل الذى يؤديه العامل المحكوم عليه، ونوع الجريمة، والظروف التى ارتكبت فيها، والأفعال المكونة لها، ومدى كشفها عن التأثر بالشهوات والنزوات، وسوء السيرة وتأثيرها على العمل(٣١٤). وفى هذا الاتجاه صدرت فتوى من ادارة

= مقررا فى م ١ منه أنه يعد مرتكبا لجريمة مخلة بالشرف كل من كان فاعلا أصليا أو شريكا أو شارعا فى احدى الجرائم الآتية ... رابعا قانون الأحكام العسكرية الصادرة بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٦٦ (م ١٥٤) فى خدمة الميدان إذا صدر الحكم بعقوبة جناية ..... "فإن مؤدى ذلك أن الهروب من خدمة القوات المسلحة لا يعد جريمة مخلة بالشرف إلا إذا ارتكبت وقت خدمة الميدان وصدر الحكم بعقوبة جناية".

(٣١١) ق.أ فى ٧/١٧٣٧ ق فى ١٩٥٥/١/١٠ س ٩ ص ٢٣٤.

(٣١٢) ف.أ ادارى الجهاز المركزى للتنظيم والادارة رقم ١٩٤٨ فى ٦٤/١١/٢٠ ملف ٥/٤/٩، ق.أ رقم ٦/٢٨٥٠ فى ٥٣/١٢/١٥ س ٨ ص ٢٤٩.

(٣١٣) ف. ج. فى ٦٤/٤/١٥ س ١٨ ص ٢٨٢.

(٣١٤) ادارية عليا ٧٢/١/٢٢ مجموعة المبادئ ص ٩٠٢ مشار إليه فى د. سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٥٣.

الجهاز المركزى للتنظيم والادارة(٣١٥) بأن "جريمة التسول لا تكون مخلة بالشرف إذا كانت صادرة من عامل لا يشغل وظيفة رئاسية وأن السيد ..... يشغل وظيفة خفير باليومية وهى ليست من الوظائف الرئيسية التى تحتم نقاء صفحة العامل من كل جرم ومن ثم لا تعتبر جريمة التسول التى أتاها ماسة بالشرف موجبة للفصل وانما يترك أمر مجازاته اداريا عن ذلك لتقدير الجهة الادارية".

إلى ذلك ذهب القضاء الفرنسى(٣١٦) فقضى بأنه:

"Les fonctions de l'interessé conduisaient à se montrer exigeant pour son honnêteté ou son honorabilité.... le vol

(٣١٥) رقم ١٣٧٩ فى ٦٢/٢/٢٢ مشار إليها فى د. مختار عثمان – المرجع السابق – ص ٢٩٨. كما أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة فى ٦٨/٣/٢٠ س ٢٢ص ٧٧ حيث قررت أنه لا يمكن تطبيق معيار جامد ينطبق فى جميع الحالات لتحديد جريمة الشرف وأنتهت بناء على ذلك إلى أن الحكم الصادر على اثنين من صغار العاملين باحراز المخدرات بقصد الاستعمال الشخصى لا يمس الشرف أو الاعتبار. وفى التأكيد على تخفيف الاعتبار الموضوعى بالاعتبار الشخصية "إذا نمت الجريمة بحسب الظروف التى ارتكبت فيها عن ضعف فى الخلق أو عن انحراف فى الطبع أو تأثر بالشهوات أو النزوات أو سوء السيرة كانت مخلة بالشرف .... وأن لم ينم عن شئ من ذلك فلا تعتبر مخلة بالشرف بصرف النظر عن التسمية المقررة لها فى القانون".
نتيجة ادخال الاعتبار الشخصى فى التكييف أختلف فى تكييف جريمة اصدار شيك بدون رصيد: فإعتبارها المحكمة الادارية العليا فى ٦٦/١١/٥ س ١٢ ص ٦٢ جريمة شرف لاعتمادها على الكذب شأن جريمة النصب وبالتالى تنبئ عن انحراف فى الطبع وضعة فى النفس. على العكس قضى فى ٦٨/٣/٢٠ س ٢٢ ص ٧٧ أن العبرة فى تكييف جريمة الشرف بالظروف التى ارتكبت فيها فإذا هى كشفت عن ضعف فى الخلق وانحراف فى الطبع وسوء السيرة كانت مخلة بالشرف وان لم تنم عن ذلك فهى بحسب ظروف ارتكابها لا تكشف عن الرغبة فى أكل أموال الناس بالباطل خاصة ان لم يكن لها أثر على عمله الوظيفى حيث تمثلت الجريمة – فى الواقعة – فى اصدار شيك لدفع خلو الرجل عن شقة.

(٣١٦) Soc. 7 Fev. 1985, Bull. V No. 90

d'un tableau dans une musée par un cadre de haut niveau ayant environ 4,200 personnes sous ses ordres est considérée comme faute grave".

كما قضى بأنه(٢١٧)

"Compte tenu de la nature des ses fonctions le vol commis dans un supermarché par une éducatrice dans un C.A.T. Constituait une faute grave".

ولقد انتقد جانب من الفقه(٢١٨) هذا المعيار الشخصى فى تحديد جرائم الشرف على أساس أنه يشيع الاضطراب فى تحديد معنى الشرف، خاصة وأن معيار التقدير لابد أن يظل مرتبطا بالجريمة ذاتها وطبيعتها وليس بظروف ارتكابها.

من جانبنا، نؤيد تطعيم الإتجاه الموضوعى بالاعتبار الشخصى المستفاد من الوضع الوظيفى للعامل ومقتضياته وهدف المشروع صعودا وهبوطا. وذلك إستنادا للطبيعة الغائية للسلطة التأديبية والتزاما بمفهوم الخطأ التأديبى.

فالسلطة التأديبية تتحدد ممارستها بالدفاع عن كل ما يخل بسمعة المشروع وكل ما يعطل حسن سير العمل به(٢١٩). وبالتالى يخرج عن

(٢١٧) C.E. 7 dec. 1990 D. 91 I R.5.

(٢١٨) د. سليمان الطماوى – المرجع السابق – ص ٢٥٨؛ د. مختار عثمان – المرجع السابق – ص ٣٠٢.

(٢١٩) وفقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق، يكون استعمال الحق غير مشروع إذا إنجرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعى الذى قصد إليه الشارع وبوجه خاص

=

غرضها أن يؤاخذ العامل عن فعل - ولو كان جريمة - لا يعتبر إتيانه مخلا بكرامة الوظيفة التي يتولاها أو مسيئا لسمعة المشروع الذي ينتسب إليه.

كذلك فإن مقتضى ارتباط فكرة الخطأ التأديبي بأثر الفعل على حسن سير العمل أن يتقيد إثباته لفعل ما بما يخلفه من أثر من الناحية الواقعية - ولو كان جريمة - في خصوص المشروع الذي ينتسب إليه في كل حالة على حدة. بما يقتضي أن يقدر كل فعل بحسب الموقع الوظيفي لكل عامل وما يفرضه من متطلبات صعودا عن المستوى العام للشرف الذي يمليه الاعتبار الموضوعي أو هبوطا عنه.

- أما عن نطاق الضابط التشريعي المتخذ أساسا للقرينة التشريعية على الخطأ التأديبي كمبرر جدي للفصل من حيث السياسة التشريعية.

- فإننا نقره في حالة الجنح الواقعة خارج دائرة العمل في حالة كونها مخلة بالشرف أو الآداب العامة.

وبالتالي نستبعد ضابط الأمانة لإستغنائنا عنه بضابط الشرف الذي يستوعبه.

ونفضل تنظيم قانون العمل في هذا الخصوص على ما قدمنا على النص الوارد في قانون العاملين المدنيين بالدولة والعاملين بشركات قطاع الأعمال العام الذي يستلزم أ ن يكون الحكم بالادانة صادرا بعقوبة مقيدة بالحرية في الجنحة المخلة بالشرف.

= إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة وتكون كذلك حيث تباشر في غير ما يقتضيه المحافظة على حسن سير العمل بالمشروع وسمعته.

على أن يكــون مفهــوما أن تحــديد المقصــود بالشرف يتم فــى ضــوء المعيار الموضوعي، فى غير معــزل عن المعــيار الشخصى مستفــادا مــن المتطلبات الوظيفيــة لوظيفــة العــامل وهدف المشروع على مــا أشرنا مــن قبل(٢٢٠).

- بجانب هذه الحــالة، نقترح أن يضم إلى نطــاق القرينــة التشريعــية على الخطأ التأديبــى حــالة جنحــة الإعتــداء(٢٢١) - المــادى أو المعــنوى - تجاه صاحب العمل أو نائبه أو المدير المسئول ولو لم يكــن هــذا الاعتــداء بسبب العمل لاستحــالة التعــامل معــه عندئذ وكذلك حيث(٢٢٢) يقــع الاعتــداء على أحد رؤسائه بسبب العمل وهــى ممــا لا شك فيه الحــالة الغــالبة التى قصد اليهــا نص م ٦١/٩ عــمل(٢٢٣).

---

(٢٢٠) Cass. Ch. Civ. 19 avril 63 D. 63 P. 501 "le salarié, poursuivi pour outrage public à la pudeur, creait un risque serieux de trouble par sa presence parmi le personnel"; V. Cass. 20 nov. 91 Dr. soc. 92 P. 79; loss. 11 mars 6 4 J.C.P. 64 No 13678.

(٢٢١) أنظــر فــى الاعتــداء المــادى م ٢٤٠ - ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٤٣ - م ٣٧٧/٩ ع.
أنظر فى الاعتداء المعنوى م ٣٠٢ ع - ٣٠٦ (١) - ٣٠٨ (١) ع.

(٢٢٢) يكون الاعتداء بسبب العمل إذا ارتكز على الحياة المهــنية بسببه وإن بعــد عنهــا فى مكان إرتكابه. كما إذا حصل الاعتداء بسبب جزاء تأديبى أوقعــه رئيس العمل على العامل. أنظر فى هذا المعنى. حسام الأهوانى ص ٤٠٢.
- عكس ذلك د. محمد لبيب شنب الذى يرى أن الاعتــداء الواقــع فــى غير ساعــات العمل ولو كان بسبب العمل يخــرج عن حــدود م ٦١/٩. فى رأينــا أن م ٦١/٩ بالنسبة لصاحب العمل والمدير المسئول تغطى حــالة الاعتداء عــليه - أيا كــان وصفه أو درجته - وأيا كان مكانه أو زمانه بل وأيا كان سببه؛ على العكس فإنهــا فى خصوص رئيس العمل تقتضى أن يكون الاعتداء جسيما - وإن لم تشترط أن يكون جريمــة - وأن يكون اثناء العمل أو بسببه ولو خــارج مكان وزمان العمل.

(٢٢٣) مع ذلك يظل لهذا النص فائدته وأهميته فى الحــالة التى لا يمثل فيهــا الإعتــداء جريمــة، من قبيل ذلك إبــلاغ الشرطة بشكــاوى كيدية ضد صاحب العمل من وقت لآخر. - بغير حرمــانــه من حقه الطبيعى فى الشكوى - بحيث يكــون الغــرض

بحيث تقوم في هاتين الحالتين قرينة تشريعية قاطعة على الخطأ التأديبى كمبرر جدى للفصل، على أن يسمح لرب العمل بإثبات الخطأ الجسيم ـ تحت رقابة القضاء - لتأييدنا لفكرة تدرج الخطأ التأديبى.

أما فيما عدا ذلك من جنح مرتكبة خارج دائرة العمل، فينطبق في شأنها القواعد العامة في إثبات الخطأ التأديبى ودرجته على عاتق من يحتج به، بمعنى أن على صاحب العمل أن يستظهر من جريمة العامل أثرها السلبى على حسن سير العمل بالمشروع ومصالحه بالنظر لمتطلبات وظيفته ومركزه الوظيفى[٢٢٤] تمشيا مع مفهوم الخطأ التأديبى دون أن يقف

= منها الاستدعاء المتكرر لصاحب العمل والإساءة إليه والحط من هيبته. إذ يعبر هذا عن إساءة لاستعمال الحق في الشكوى مدفوعا بقصد الاضرار بالغير، خاصة إذا تضمنت الشكوى وقائع كاذبة أو مزورة. لذلك أعتبر من قبيل الإعتداء المبرر للفصل تقديم شكوى ضد صاحب العمل يتهمه فيها بصلته القوية باليهود وعطفه عليهم وكراهيته للنظام القائم واتهام صاحب العمل بالتهريب. وتقديم شكاوى كيدية تتضمن وقائع غير صحيحة واتهام صاحب العمل بالخيانة ومخالفة القوانين الاشتراكية وثبوت كذب الشكوى. وكذلك إحداث العامل إصابة بنفسه وإتهام مدير المنشأة بأنه هو الذى أحدث به هذه الاصابة ثم حفظ التحقيق لكذب البلاغ. أنظر أيضا صورة السخرية والتهكم من إدارة صاحب العمل مما لا يدخل تحت طائلة م ٣٠٦ أ.ع. كما لو قال: "كم هى جميلة إدارتك للمشروع".
- أنظر فى ذلك د. حسام الأهوانى ص ٤٠٣؛ د. عبد الودود يحيى ص ٣٢٨ - ٣٢٩ - د. على عوض حسن ص ٣٥٠ - ٣٥٢؛ د. محمد لبيب شنب - قانون العمل اللبنانى - ص ٢١٧ - د. أحمد خليفة البيومى - رسالته - ص ٣٤٧.

(٢٢٤) يبدو الأثر النسبى لتأثير متطلبات الوظيفة وهدف المشروع المنتسب إليه العامل فى الجرائم الآتية التى اعتبرت فى شأن العامل بالنظر لظروفه الوظيفية خطأ تأديبى بينما لم تكن لتعتبر كذلك بالنسبة لغيره أو فى الأقل لم تكن لتعتبر على ذات الدرجة من جسامة الخطأ التأديبى ظروف أخرى. (أنظر معرفة القانون الفرنسى لتدرج الخطأ التأديبى وما يقابله من جزاءات تأديبية مناسبة وحرمان العامل من بعض المزايا بحسب درجة جسامة الخطأ التأديبى المنسوب له. فبينما الخطأ التأديبى البسيط لا يسمح بالفصل المشروع فإنه يسمح بما دون ذلك من جزاءات - فإن الخطأ التأديبى الجدى يسمح بالفصل المشروع مع الحق فى مهلة

بينه وبين ذلك كون الجنحة المنسوبة للعامل واقعة خارج دائرة العمل لما بيناه آنفا من عدم وجود عازل سميك بين الحياة الخاصة للعامل وحياته المهنية(٣٢٥).

= الاخطار - بينما الخطأ التأديبى الجسيم faute grâve يحرم العامل من حقه فى مهلة الاخطار وتعويض الحد الأدنى عن الفصل أنظر L - 122, 8; 9, ، بل يعرف القانون الفرنسى أيضا الخطأ الفادح (L. 521 - 1 - Lourde)).

حيث اعتبرت الجنحة المرتكبة بالمخالفة لقانون الصيد بمثابة خطأ تأديبى يعرقل حسن سير العمل بالنسبة لحارس الصيد.

V. Michel Despax op.cit No 26.

كذلك اعتبرت ذات تأثير على حسن سير العمل جنحة القيادة فى حالة سكر لمن كانت وظيفته فى المشروع الذى ينتسب إليه سائقا.

V./ François Gaudu op.cit., P. 36.

كذلك اعتبر متعارضا مع حسن سير العمل العود فى جريمة ضرب وتشاجر الصادر به من عامل وظيفته فى المشروع الذى ينتسب إليه رئيس خدمات جراج.

V. Michel Roger op.cit P. 179; soc. 15. Nov. 78 cah. prud'h . 79 no 4 P. 61; note B.R. Sous cass. 28 act. 71 D. 72 J. 58; Soc. 9 Oct. 1980 somm. J. Pelissier D. 81 I.R. P. 267 "le fait d'invectiver les passants et de tirer des coups de feu avec sa carabine a l'arrivée de la police ne peut être considerer comme dépourvue de cause reélle et sérieuse, sans repondre aux conclusions de l'employeur soutenant que les évènements invoques relevaient un comportement dangereux, incompatible avec l'activité de chauffeur demenageur qui implique des contacts fréquents avec la clients".

بل إن القضاء الفرنسى يعتبر فى بعض الأحيان الجنحة المرتكبة خارج دائرة العمل تتجاوز مستوى الخطأ التأديبى الجدى إلى مستوى الخطأ الجسيم بالنظر لمقتضيات وظيفة العامل والمسئوليات الملقاة على عاتقه:

Cass 20 Oct. 76 D.O. 77 P. 56; Cass. Soc. 5 Fiv 69 D.O. 69 P. 187; cass. soc. 23 mars 77; B.A.C. 77 V 170; Lamy soc. ed - 84 - P. 845 No. 2083 (b):

اعتداء العامل على زملائه خارج وقت العمل فى السكن العمالى بسبب العمل.
وكذلك إعتداء العامل على زميل له خارج زمان ومكان العمل لأنه لم يشترك فى الاضراب أعتبر خطأ جديا بالنظر لعواقبه المخلة بحسن سير العمل.

Cass. 8 juill 81 D. O. 82 P. 173; Cass. 26 mai 81 D.O. 82 P. 172.

(٣٢٥) وطبيعى أننا سنصادف كثير من الجنح الواقعة خارج دائرة العمل والتى لا يؤدى ارتكابها إلى الاخلال بجسن سير العمل شأن جنحة عدم الابلاغ عن ميلاد طفل أو البناء خارج خط التنظيم أو اشغال طريق أو عدم استخراج بطاقة شخصية أو عائلية.

لكن هل من حسن السياسة التشريعية تعديل النص حتى يتسع للمخالفات المرتكبة خارج دائرة العمل؟

ذهب جانب من الفقه(٣٢٦) إلى أن المخالفات بطبيعتها وبحكم بساطة العقوبات المقررة لها قليلة الخطر والضرر ويفترض فيها عدم الإخلال بالشرف.

من جانبنا: لا نوافق على الرأى السابق - وعدم موافقتنا مؤسسة على ما يلى:

- أن المقام هو الاستدلال على الخطأ التأديبى من الجريمة التى ارتكبها العامل بغض النظر عن جسامة العقوبة المقررة لها وبغض النظر عن كونها فى ذاتها قليلة الخطر أو الضرر، لأن العبرة هى فى أثر ارتكابها على حسن سير العمل وتعارض اقترافها مع متطلبات الوظيفة وهو ما لا علاقة له بالعقوبة المقررة لها. ذلك أن الهدف ليس النظر فيما إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة تحول بين العامل وأداء عمله لكن - كما أوضحنا - النظر فى أثرها على عمله وهو ما عبرنا عنه بالجريمة المخلة بالثقة أى التى يستدل منها على الخطأ التأديبى.

ولا يقال من ناحية أخرى: أنه يفترض فيها عدم الاخلال بالشرف. من ناحية لأن عملية التجريم هى عمل تشريعى لا يقع تحت حصر. وإذا كانت المخالفات المقررة للآن فى التنظيم القانونى المصرى ينبئ تتبعها على

(٣٢٦) المستشار عبد الوهاب البندارى - المرجع السابق - ص ٢٨١.

أنها غير مخلة بالشرف أو الآداب العامة، فإنه لا يجوز التنبئ بذلك فيما سوف يجد من مخالفات.

من ناحية أخرى فإن تقدير ما إذا كانت جريمة ما - بغض النظر عن درجتها - تعتبر جريمة شرف، لا يقوم على الافتراض وانما يقوم على تحليل كل حالة على حدة بالنظر للاعتبار الموضوعي العام والاعتبار الشخصي المستفاد من وظيفة العامل.

لذلك نرى مناسبا أن يصاغ النص بحيث يشمل كل جريمة مخلة بالشرف أو الآداب العامة بما يشمل الجناية، الجنحة والمخالفة سواء وقعت خارج أو داخل دائرة العمل.

٣٠ على أن يكون مفهوما أن قيمة هذا التعديل تكمن فقط في إفتراض الخطأ التأديبي دون حاجة لإثبات من جانب صاحب العمل(٣٢٧).

لكن حتى في غياب هذا التعديل وفي ظل النص القائم - يستطيع صاحب العمل - استنادا لعدم انحصار الخطأ التأديبي في صور محددة - أن يستند للمخالفة الواقعة من العامل خارج دائرة العمل توصلا لفصله لكن مع تحمله عبء إثبات الخطأ التأديبي أي إستظهار إختلال حسن العمل من جراء ارتكاب هذه المخالفة وتعارض ارتكابها مع متطلبات الوظيفة دون أن يحصر نفسه بالضرورة في إثبات أنها مخلة بالشرف أو الآداب

(٣٢٧) أي انشاء قرينة تشريعية عليه.

العامة بل لمجرد تعارضها مع متطلبات الوظيفة وتأثيرها السلبي على حسن سير العمل ولو لم تكن مخلة بالشرف.

هذه المرونة للخطأ التأديبي كما تصدق على الأفعال التى ليست لها وصف الجريمة[٣٢٨] تصدق على الأفعال التى لها وصف الجريمة[٣٢٩] وإن خرجت عن الضوابط التى أسس عليها المشرع قرينة الخطأ التأديبي. لأن تخلف هذه الضوابط إذا كان ينفى تحقق الخطأ - فإنه لا ينفى الخطأ نفسه الذى يظل صاحب العمل فى إثباته خاضعا فيما يقدمه من أدلة وإستظهار لتقدير المحكمة.

٢ - الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل

- صياغة نص م ٦١/٧ عمل[٣٢٩مكرر] فى شأن الجنحة وقد ورد مطلقا يفيد أن القرينة التشريعية على الخطأ التأديبي لا تقوم إلا حيث تكون الجنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة، تستوي فى ذلك الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل وتلك الواقعة خارجه. إلا أنه باعتبار أن النصوص يفسر بعضها بعضا فإنه حيث ورد نص م ٦٧ عمل مقررا أنه

---

(٣٢٨) من قبيل ذلك أن تتجنب المشرفة الاجتماعية من مشروع تنظيم الاسرة بعد التحاقها بالعمل عدد كبير من الاولاد يزيد عما يدعوا اليه مشروع الاسرة الذي تعمل به وتدعو لاهدافه (في الواقعة العملية أنجبت المشرفة سبع من الاولاد).

(٣٢٩) شأن ما ورد من م ٦/٣٧٧ ع "من أطلق فى داخل المدن أو القرى سلاحا ناريا أو الهب فيها أعيرة نارية أو مواد أخرى مفرقعة حيث تقع المخالفة من حارس أمن تقتضى وظيفته حمل سلاح لحفظ الأمن داخل المشروع.

(٣٢٩)مكرر م ٦١/٧ عمل "إذا حكم على العامل نهائيا فى جناية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة.

"إذا نسب الى العامل ارتكاب جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أو أى جنحة دائرة العمل جاز لصاحب العمل ....". فإن من شأن هذا النص أن يضيف ملمحا تكميليا لما دلت عليه م ٦١ عمل بغير أن يعارضه. وبالتالى يكون ما جاء فى م ٦٧ عمل بمثابة الأصل العام فى شأن الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل ومقتضاه قيام القرينة التشريعية على الخطأ التأديبى فى جميع أحوالها، ولو لم تكن مخلة بالشرف طالما تحقق مناط هذه القرينة المتمثل فى ارتكابها داخل دائرة العمل، سواء كانت هذه الجريمة متصلة بالعمل اتصالا سببيا(٣٣٠) – شأن اعتداء العامل على رئيسه بسبب توقيعه جزاء تأديبى عليه سواء كانت منبتة الصلة بالعمل – شأن اعتداء العامل على زميله داخل دائرة العمل بسبب شحناء لا صلة لها بالعمل.

ويكون ما جاء فى م ٧/٦١ عمل بمثابة تطبيق خاص له أى حيث تكون الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة. واساس قرينة الخطأ التأديبى فى هذه الحالة هو وقوع الجنحة داخل دائرة العمل، وهو ما يتعين على صاحب العمل اثباته لتقوم القرينة التشريعية(٣٣١).

---

(٣٣٠) فى نفس المعنى أنظر د. محمد لبيب شنب ص ٢٣٦، أحمد شوقى المليجى ص ٢٦٢، أنظر عكس ذلك د. حسام الأهوانى ص ٢٤٩ "صدور حكم بالإدانة فى حالة ارتكاب جنحة داخل دائرة العمل لا يحرم القضاء تقدير مدى تعسف الفصل بعكس حالة ارتكاب جناية أو جنحة ماسبة بالشرف لأن م ٦١ عمل تبيح الفصل فى هذه الحالة".

(٣٣١) علما بأن تضمن الحكم الجنائى بالادانة الاشارة الى مكان وقوع الجريمة لا يحوز الحجية أمام القاضى المدنى فى خصوص دعوى مشروعية الفصل، لأن القاعدة أنه لا يحوز الحجية إلا ما فصلت فيه المحكمة الجنائية وكان لازما وضروريا للفصل فى التهمة المعروضة عليها. وواضح أن مكان وقوع الجريمة ليس ركنا =

من جانبنا نعتبر أن الجريمة تعتبر واقعة داخل دائرة العمل[٣٣٢] فى حالة وقوعها فى مكان العمل سواء اتصلت به اتصالا سببيا أو لم تتصل على ما بينا من قبل. والمقصود بمكان العمل، المكان المخصص لتنفيذ العمل المكلف به العامل سواء تم ذلك فى اطار المشروع أو خارجه إذا اقتضت طبيعته أن يؤديه خارجه أو لدى العملاء. كما هو الحال فى خصوص مندوبى التوزيع والتسويق والتأمين والمصور الخارجى وأعمال الخدمات[٣٣٣] والصيانة والأشغال العامة.

يستوى عندئذ أن تقع الجنحة أثناء مواعيد العمل الرسمية أو الاضافية أو حتى خارج هذه المواعيد طالما وقعت فى مكان العمل بالمفهوم السابق[٣٣٤] على اعتبار أن استمرار تواجد العامل - خارج وقت العمل - فى مكان العمل يخضعه للسلطة التنظيمية الاشرافية لرب العمل

= فى الجريمة وبالتالى فذكره فى الحكم الجنائى لا يحوز الحجية ويتم اثباته وفقا للقواعد العامة فى الاثبات.

أنظر م ١٠٢ اثبات "لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا".

- أنظر الطعن ٥٣٦ سنة ٤١ ق جلسة ٧٥/٦/٢٥ س ٢٦ ص ١٢٨٧ مشار إليه فى معوض عبد التواب - قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه بأحكام النقض من ٣١ - ٨٧ - منشأة المعارف ط ١٩٨٧ ص ١٠٨٨ - الطعن ٤١٦ سنة ٣٩ ق جلسة ٧٥/٦/١٤ س ٢٦ ص ١٢١٢ مشار اليه فى نفس المرجع السابق ص ١٠٨٩.

(٣٣٢) من القلة النادرة التى تعرضت لتحديد المقصود بدائرة العمل د. فتحى عبد الصبور ص ٦٦٣ حيث يقرر أن الجنحة تعتبر واقعة داخل دائرة العمل إذا ارتكبت فى مكان العمل أو زمانه أو بسبب العمل".

(٣٣٣) من قبيل ذلك توصيل الخدمات للمنازل. أعمال الاصلاح والتركيب. أو أعمال الشحن والتفريغ أو مد الكابلات أو نظافة الشوارع والاعتناء بالحدائق الخاصة وأعمال الديكورات ومثيلها.

(٣٣٤) V. Michel Despax et J. Pelissier - la gestion du personnel - T. 2 ed. cujas P. 24.

كما يفرض على العامل احترام حرمة المكان بما ينبغى له من انضباط وأخلاقيات تناسبه. فطالما ظل فى الاطار المكانى للمشروع فانه ينتسب له ويحسب عليه كل ما يصدر منه فى هذا المكان على أنه واقع فى داخل دائرة العمل لأنه يؤثر على المشروع وسمعته(٢٣٥).

– ونتساءل عما إذا كانت ملحقات المشروع بالمعنى الوارد فى القانون المدنى(٢٣٦) تعتبر داخلة فى مفهوم مكان العمل وبالتالى داخلة فى الاطار التشريعى "دائرة العمل"؟.
شأن نادى ومطعم المشروع والسكن العمالى وسيارات المشروع – أثناء توصيل العمال من والى المشروع – وكذا الأماكن المتصلة بالعمل وإن لم تكن هى أماكن مباشرته شأن أماكن تغيير الملابس. وأماكن التوقيع بالحضور والإنصراف. وكافتيريا المشروع.

فى رأينا أن صياغة نص م ٦١، م ٦٧ عمل من حيث الحكمة فى المقابلة بين الجنح الواقعة خارج دائرة العمل، والتى لا يستفاد منها قرينة الخطأ التأديبى إلا فى حالة الاخلال بالشرف أو الآداب العامة، حماية لحرمة الحياة الخاصة، بإعتبار أن العامل فيها خارج عن تبعية واشراف

(٢٣٥) ويعبر تعبيرا صادقا عن حرمة مكان العمل وما تفرضه من قيود على سلوكيات العامل التعبير الدارج بين العمال حيث يريد أحدهم أن يتشاجر أو يتضارب مع زميله "أطلع لى بره!". هذا التعبير الدارج الشائع بمثابة العرف فى علاقات العمل أو فى الأقل العادات الجارية التى تسهم فى تحديد مضمون النموذج التشريعى: "دائرة العمل".

(٢٣٦) م ٤٣٢ مدنى "يشتمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين".

رب العمل كما أن سلوكه بحسب الأصل لا يحسب على المشروع وبالتالى فان محاسبة العامل عنه تكون بدرجة أقل من محاسبته عما يقع داخل المشروع، وبين الجنح الواقعة داخل دائرة العمل وهذه على اطلاقها يستفاد منها الخطأ التأديبى لما ينبغى أن يتوافر من احترام وحرمة لمكان العمل ولما يتأثر به حسن سير العمل وسمعة المشروع من تأثير مباشر بما يرتكب داخل المشروع.

ومن ناحية: التأمل فى التعبير التشريعى "دائرة العمل"، يعطينا الانطباع أن المشرع لم يقصد أن يدخل فى دائرة العمل كل مكان يخضع لاشراف وتنظيم رب العمل بما يمده إلى ملحقات المشروع المكانية، وانما قصد أن تتحدد دائرة العمل بالمكان الذى يخضع لاشراف رب العمل اضافة لاتصاله بالعمل وبالمشروع اتصال وظيفى بحيث يكون له حكم مكان مباشرة العمل الفعلى من حرمة واحترام واخلاقيات وانضباط ويكون لما يحدث فيه من سلوك ذات الأثر الذى نجده فى مكان مباشرة العمل سواء فى صورة تعطيل العمل أو اشاعة الفوضى أو ضرب النموذج السئ لباقى العمال أو الاساءة لسمعة المشروع.

نخلص من كل ذلك إلى تبنى مفهوم أضيق لمكان العمل من المعنى الذى يؤدى إليه معنى الملحقات الوارد فى القانون المدنى. بحيث يكون معيار اعتبار مكان ما داخل دائرة العمل هو بمدى خضوع هذا المكان لاشراف رب العمل من ناحية واتصاله بالعمل فى المشروع إتصالا وظيفيا من ناحية أخرى بحيث يكون سائغا اخضاع هذا المكان لذات درجة نظام

وانضباط مكان مباشرة العمل الفعلى. شأن أماكن التوقيع وغرف تغيير الملابس وكافيتريا المشروع(٤٣٦).

على العكس فإنه يخرج من اطار دائرة العمل الأماكن التى تخرج عن اشراف رب العمل أو تلك التى رغم دخولها فى اطار اشراف رب العمل إلا أنها ضعيفة الصلة - من الناحية العضوية أو الوظيفية بالعمل داخل المشروع شأن ما يعتبر من الملحقات وفقا للقانون المدنى، والتى يحاسب العامل عنها على أنها واقعة خارج دائرة العمل والتى ينتظر فيها من العامل درجة انضباط والتزام أقل منه فى اطار دائرة العمل بالمفهوم السابق ذلك شأن المسكن العمالى ونادى ومطعم المشروع وسيارات المشروع وساحات الإنتظار(٤٣٧).

---

(٤٣٦) وهو ما عبر عنه التعبير الشائع "مكان رزق أو مكان أكل عيش" وهو بهذا المفهوم عرف يحدد الصلة الوظيفية بين المكان وبين العمل وما يتوجب له من احترام وانضباط وأخلاقيات.

(٤٣٧) Cass. Soc. 22 nov. 56 Bull. IV P. 648, no 863 "la cantine de l'entreprise; Cass. Soc. 20 mars 56 Bull. P. 211 nmo 306, "le réfectoire, ... les ouvriérs n'avaient pas cessé pour autant, de demeurer sous le controle de leur employeur".

أنظر أيضا اعتبار مطعم ونادى المشروع والسكن العمالى خارج دائرة العمل دون أن يحول ذلك بينه وبين القضاء الفرنسى فى تحرى الخطأ التأديبى فى حق العامل سواء على مستوى المبرر الجدى أو الخطأ الجسيم بحسب أثره على حسن سير العمل.

حيث تطاول العامل بالسباب والتهديد على رئيسه الادارى وتضارب مع زملائه بعد إذ أسرف فى الشراب، خارج مواعيد العمل وخارج مكانه بالمعنى الدقيق حيث تم فى نادى المشروع Une reuénion privée .... en dehors de service "فاعتبر أنه خطأ تأديبى من درجة المبرر الجدى بالنظر لأن ارتكابه تم من ناحية خارج دائرة العمل ثم فى جو من الاحتفال الذى يسمح فيه ببعض التجاوزات ويراعى فيه انضباط أقل.

أنظر 382 .15 mars 72 D. 72 J نادى المشروع.

Soc. 16 Juill 59 Bull IV no 935; P. 747; مطعم المشروع، حيث الانضباط المتطلب فى مطعم المشروع أقل مما هو متطلب فى عنابر العمل، خاصة أن سير

وواضح أن مقتضى اطلاق نص م ٦٧ عمل أن قرينة الخطأ التأديبي تقوم فى جميع حالات الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل[٣٣٨] وهو ما يشمل كل الجنح الواردة فى قانون العقوبات وبالتالى يستوعب ما جاء فى م ٦١/٨ - ٩ عمل فيما تتضمنه هاتين الفقرتين من صور لجنح داخل دائرة العمل[٣٣٩]، ويتجاوزها فيما لم تتعرض له طالما ثبت لها وصف الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل شأن الاعتداء الجنائى على زملاء العمل أو العملاء.

هذا الافتراض التشريعى للخطأ التأديبى فى هذا المقام ليس اغفالا من المشرع لاستقلالية المسئولية التأديبية عن المسئولية الجنائية - الذى أشرنا إليه من قبل - بل يقوم على الغالب من الأمر من أن الجنحة المرتكبة داخل دائرة العمل تخل بحسن سير العمل وتشيع الاضطراب فى دولاب العمل وتعرقله اضافة إلى ما تحمله من اشارة إلى استهتار بما يجب لمكان العمل من حرمة واحترام وانضباط فوق ما يمثله ارتكابها من اساءة لسمعة

= العمل لم يختل فاعتبر سلوكه مبرر جدى لا يصل لمستوى الخطأ الجسيم. Lanny Soc. 84 - P. 845. فى شأن سلوك العمال فى المسكن العمالى.

(٣٣٨) وعلى ما أوضحنا فى أهمية توصيف الجريمة المخلة بالثقة، فإنه حيث يتحقق أساس قيام القرينة يفترض الخطأ التأديبى فى فعل العامل افتراضا غير قابل لاثبات العكس، بحيث لا يكلف رب العمل من ناحية باستظهار وجه الخطأ التأديبى (اختلال حسن سير العمل) من الجريمة الموصوفة المنسوبة للعامل. ومن ناحية أخرى لا يقبل من العامل نفى الخطأ التأديبى عن الجريمة الموصوفة علما بأن سلطة القضاء التقديرية تغل فى خصوص ما جاء النص التشريعى على التمثيل له كخطأ تأديبى.

(٣٣٩) مع ذلك تحتفظ هاتين الفقرتين بأهميتهما لمواجهة الحالات غير الجنائية سواء للتواجد أثناء العمل فى حالة سكر بين أو متأثرا بما تعاطاه من مادة مخدرة أو من اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسئول أو أحد رؤساء العمل.

المشروع وهو ما يسوغ هذا الافتراض. وهو نفس الأساس الذى راعاه المشرع فى خصوص افتراض الخطأ التأديبى فى حالة الجناية.

تمهيدا لتقييم التنظيم القانونى المصرى وما نقترحه على مستوى السياسة التشريعية. نعرض لما ورد فى القانون المقارن.

فنجد أن أقرب التنظيمات لما ورد فى القانون المصرى هو ما جاء فى قانون العمل اللبنانى حيث جاءت م ٦/٧٤ على أنه "إذا حكم على الأجير بالحبس سنة فأكثر لارتكابه جناية، أو إذا ارتكب جنحة فى محل العمل وأثناء القيام به"[٣٤٠].

اضافة لما جاء فى ٧/٧٤ فى شأن الأجير الذى يعتدى على رب العمل أو متولى الادارة المسئول فى محل العمل، سواء كان لهذا الإعتداء وصف الجريمة أو لم يكن.

فى المقابل فإن قانون العمل الليبى والعراقى واليمنى والكويتى لا يرتب القرينة على الخطأ التأديبى فى حال ارتكاب الجنحة سواء داخل أو خارج دائرة العمل إلا إذا كانت مخلة بالشرف[٣٤١] أو إذا أخذت صورة

---

(٣٤٠) مع ذلك فان التنظيم الوارد فى القانون اللبنانى أضيق نطاقا من القانون المصرى لأنه لا يعتد بالجنحة إلا إذا تحقق شرطان مجتمعان: أرتكابها فى محل العمل وأثناء القيام به بينما القانون المصرى يكتفى بارتكابها فى داخل دائرة العمل ولو لم تكن مرتكبة أثناء القيام بالعمل.
- أنظر د. محمد لبيب شنب - قا نون العمل اللبنانى سنة ٦٩ ص ٢١٢.

(٣٤١) أنظر نصوص هذه التشريعات التى سبق أن عرضاها فى معرض الجنح الواقعة خارج دائرة العمل.

الاعتداء على الفئات المحددة بالنص التشريعى سواء فى داخل دائرة العمل فقط سواء أيا كان مكان الاعتداء(٣٤٢) بحسب شخص المجنى عليه وهو نفس الخط التنظيمى الذى تبناه قانون العاملين المدنيين بالدولة (م ٧/٩٤) والعاملين بالقطاع العام (م ٧/٩٦) والعاملين بشركات قطاع الأعمال العام (م ٤٥) حيث يستدل على الخطأ المبرر لانهاء خدمة العامل فى حالة الحكم بعقوبة مقيدة للجريمة فى جنحة مخلة بالشرف سواء كانت داخل دائرة العمل أو خارجه.

فى المقابل فإن القانون الفرنسى الذى خلى تشريعه من نص يوصف الجريمة المخلة بالثقة – سواء على مستوى الجناية أو الجنحة – ويفترض الخطأ التأديبى، فلقد عمد قضاءه فى تحرى الخطأ التأديبى وتحديد درجته – فى ظل تبنى التشريع الفرنسى لتدرج الخطأ – لتبنى المعيار المرن وفقا للقواعد العامة فى الاثبات(٣٤٣).

بما مؤداه أرتباط ثبوت وصف الخطأ التأديبى لفعل العامل – سواء كان له وصف الجريمة أو لم يكن – بأثره السلبى على حسن سير الـمل ومصالح المشروع والثقة فيه مع الأخذ فى الاعتبار بالمركز الوظيفى للعامل ومقتضيات وظيفته، استقلالا عن الجريمة الجنائية.

---

(٣٤٢) أنظر النصوص التشريعية السابق عرضها فى خصوص الجنح الواقعة خارج دائرة العمل.

(٣٤٣) وهو ما يسير عليه القضاء المصرى فى خارج النصوص التشريعية التى تفترض الخطأ التأديبى بقرينة تشريعية.
أنظر الطعن ٥٤٤/٤٠ ق جلسة ٧٦/٥/٢ فى عصمت الهوارى جـ ٢ ص ٩٨ وغيره من الأحكام التى تسير فى نفس الاتجاه.

وبالنظر لأن اثبات وصف الخطأ التأديبى ودرجته يتم تقديره من قاضى الموضوع فى ضوء ظروف ارتكاب كل جريمة ومكانها وظروف مرتكبها وطبيعة وظيفته وهدف المشروع، فإن هذا يفسح المجال لاختلاف القضاء فى تقدير درجة الخطأ التأديبى للموقف الواحد ذو الظروف المتشابهة بين الخطأ البسيط. والمبرر الجدى. أو بين المبرر الجدى والخطأ الجسيم(٣٤٤).

– وتتبع موقف القضاء الفرنسى فى تقديره لدرجة الخطأ التأديبى المستفاد من الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل نجده لا يخرج عن حالات ثلاثة:

– أولا : اعتباره خطأ جسيم – بالمعنى الفنى بما يحرم العامل من المزايا التى كان يستحقها لو أن لخطأه وصف المبرر الجدى Cause Sérieuse (٣٤٥) من قبيل ذلك ما قضى "بأن تفتيش العامل فى أوراق ومستندات المديرة بعد انصرافها يعتبر خطأ جسيم يستحيل معه الابقاء على العلاقة التعاقدية أثناء مهلة الاخطار(٣٤٦). كما أعتبر أن ما صدر من

(٣٤٤) Francais Gaudu "Le licenciement pour perte de confiance" Dr. Soc. 92 P. 32 - 38 sp P. 37 no 21.
حيث استندت لتفاهة قيمة المال المسروق لنفى وصف المبرر الجدى عن الفصل.
Soc. 28 Oct. 81 D. O. 82 P. 195.
وأنظر العكس 20 Fev. 86 Dr. Soc. 86 P. 239.
حيث أعتبر خطأ جسيم سرقة العامل رباط حذاء! دون استظهار اختلال حسن سير العمل وأنظر تعليق J.Sav.

(٣٤٥) وهو ما لا يعرفه القضاء المصرى لأن التشريع المصرى لا يعرف الخطأ الجسيم ولا يعرف الا تدرج الخطأ التأديبى بين درجتى الخطأ البسيط الذى يبرر الجزاءات التأديبية دون الفصل والخطأ المبرر الجدى الذى يبرر الفصل المشروع.

(٣٤٦) Cass. soc. 11 Jull 91 G.P. 91 Somm. P. 317.

سائق التاكسى قبل المديرة من سباب وشتائم وتهديد على الملاء من من شأنه أن يخل بحسن سير العمل فى المشروع وأنه وان لم يمثل خطأ فادحا - faute lourde - بالنظر لتخلف قصد الأضرار لدى العامل، فإنه يعتبر خطأ جسيما أعلى درجة من المبرر الجدى[٣٤٧].

كما قضى بأن سباب العامل - السوقى الطبع الفاحش البذئ اللسان والعصبى المزاج وضربه لزملائه بما جعله غير محتملا منهم، يعتبر خطأ جسيما يفسد جو المشروع[٣٤٨].

كما قضى بأن السرقة داخل المشروع تمثل خطأ فادحا (faute Lourde) [٣٤٩] كذلك أعتبر خطأ جسيما تأجير أفلام مخلة بالآداب العامة داخل المشروع[٣٥٠]. وكذا سب صاحب العمل وإتخاذ سلوك عدوانى تجاهه[٣٥١].

---

(٣٤٧) 7 Juin 91 G.P. 91 Somm. 317.

(٣٤٨) Paris 21 Juin 82 D. 82 I.R. 418.

(٣٤٩) Paris 28 Sept. 82 D. 82 I.R. 494.

فى نفس المعنى

25 Fev 81 rejet Dr. o. 82 P. 161 "le fait de prendre un pot de crème en promettant de le payer le lendemain et de ne pouvoir presenter le tichet de caisse deux jours aprés constitute une faute grave de nature à supprimer la confiance que l'employeur mettait en la salariée".

وكذلك تسهيل السرقة والتستر عليها.

Soc. 31 Janv. 79 G.P. Ponorama. 79; Soc. 20 Fev 86 Dr. Soc. 86 P. 239 Obs. Sav.

(٣٥٠) Soc. 10 mars 76 B. V no 147 P. 120 in Roger Op.Cit., P. 177.

(٣٥١) Soc. 25 mai 65 Bull IV no 392 P. 324.

أنظر فى غيرها من الصور الأحكام الواردة فى

C. du Trav. - Litec - 1991 P. 73 et s.; C.du trav. - Dalloz - 1988 P. 62 et s.; Brun et Galland - droit du travail - ed. 78 - P. 838 et s.; Lany Soc. 84 - P. 844 et s; Michel Roger Op.Cit., P 176 - 178.

- ثانيا: مبرر جدى Cause sérieuse يبرر فصل العامل فصلا مشروعا لكن مع استحقاقه مزايا معينة - L 122 - 6 - 8 - 9; L 122 - 122 - 6 - 8 - 9; L) (14 - 4 C.Trav) ومن تطبيقات ذلك ما قضى بأن السب الصادر من عامل ذو أقدمية كبيرة تجاه رئيسه الادارى فى مكان مغلق غير علنى ليس له طابع الخطأ الجسيم وان كان له طابع المبرر الجدى(٣٥٢).

كذلك أعتبر مبررا جديا ولا يصل لمستوى الخطأ الجسيم السب الصادر من أحد قدامى العمال لزملائه تحت الضغط العصبى العارض الناتج عن ضغط العمل(٣٥٣).

وكذا التضارب بين العمال حيث لم يثبت من هو البادئ بالاعتداء أو أن يكون العامل قد أخذ موقف الدفاع ورد الفعل(٣٥٤).

- ثالثا: خطأ بسيط يتناسب مع الجزاءات التأديبية التى هى دون الفصل فى الجسامة(٣٥٥).

---

(٣٥٢) Cass. Soc. 13 Juin 91 G.P. 91 Somm. 317.

(٣٥٣) فى نفس المعنى Soc. 9 Juill 91 G.P. 91. Som. 317.

ويلاحظ اعتبار عشاء العمل بمثابة دائرة العمل. فى نفس المعنى – سب فى مكان مغلق للرئيس الادارى.

Cass. Soc. 26 Juin 91 G.P. 91 Somm . 299.

(٣٥٤) Soc. 8 - 15 et 23 nov. 78 D. 79 I.R. 230, note Pelissier.

Soc. 12 nov. 64 Bull. IV P. 618 No 750, Soc. 12 mars 75 Bull V no 135 P. 120

(٣٥٥) Michel Roger - Op.Cit., Dr. Soc. 80 P. 176, V. 3 avril 81 Dr. O. 82 P. 168.

ومن أهم الاعتبارات - التى لا تقع تحت حصر - والتى أخذها القضاء الفرنسى فى حسبانه بمناسبة تقدير درجة الخطأ التأديبى بغير التزام بمعيار جامد يرجع سواء لطبيعة الجريمة (جناية أو جنحة) أو مكان ارتكابها، ما يرجع بعضها لشخصى العامل[٣٥٦] وما يرجع البعض الآخر منها لظروف ارتكاب الجريمة[٣٥٧].

---

(٣٥٦) شان أقدمية العامل التى دعت بعض الأحكام الى تكييف الخطأ على أنه بسيط
Amiens 18 avril 78 G.P. Panorama 25 - 26 avril 78.
والتى تدعو بعض الأحكام فى موضع آخر الى تكييف الخطأ على أنه مبرر جدى.
Soc. 8 - 15 et 23 nov. 78 D. 79 I. R. 230.
(سباب صدر من عامل ذو أقدمية تصل لعشر سنوات) note pelissier أو تحت تأثير انفعال عصبى عارض نتيجة ضغط العمل تجاه زملائه.
Soc. 13 Juin 91 G.P 91 Som. 317.
- المستوى الثقافى المتدنى للعامل الأمر الذى يجعل السباب الصادر منه هو أسلوبه العادى فى التعامل، اضافة إلى الضغط العصبى الناجم عن فترة عمل شاق صاحبت عيد رأس السنة الميلادية
Paris 18. 29 sept. 82 D. 82 I. R. 493;
- ومثله حالة التخلف الذهنى للعامل والتى يعلم بها صاحب العمل.
- الانفعال العرضى الناجم عن حالة صحية للعامل والذى يترجم بعبارات سوقية ليس مبررا جديا على عكس الطابع الفاحش البذئ الذى يصلح مبررا جديا.
V. 4 Oct. 79 et. 15 avril 81 Dr. O P. 346; 28 Fev 81 Dr. O. 82 P. 161.

(٣٥٧) المشاجرة بين عاملين فى مكان العمل وأثنائه نتيجة الخلاف على طريقة أداء العمل دون أن تصل إلى حد التضارب ليس مبررا جديا للفصل لأنه فعل غير ذو تأثير على سير العمل بالمشروع وأنتهت المحكمة إلى أن أقصى ما يمكن أن يبرره وقف العامل.
- الاثارة التى تعرض لها العامل
Amiens 18 avril 78 G.P. Panorama 25 - 26, avril 78 in Roger, Op.Cit., 178;
- إذا كان لصاحب العمل يد فى وقوع العامل فى الخطأ
Paris 21 juin 78 G.P. Panorama 25 - 26.
حيث أن صاحب العمل كلف العامل بالقيام بعملية تسليم بضاعة عقب أدائه نوبة عمل ليلى.
- تفاهة قيمة المال المسروق، خاصة إذا تبين أن المبرر الحقيقى للفصل هو شهادة العامل ضد صاحب العمل أمام القضاء
Soc. 28 Oct. 81 D. O 82 P. 195.
V. Contr. Soc. 20 Fev. 86 Dr. Soc. 86 P. 239.

أما على مستوى السياسة التشريعية المقترحة:

فافادة من القانون المقارن وتحقيقا للتوازن بين مصلحة صاحب العمل ومصلحة العامل، وافساحا للقضاء أن يباشر سلطته التقديرية فى تكييف الخطأ التأديبى وتحديد درجته فى ضوء الاعتبارات الشخصية بالعامل مرتكب الجريمة – فيما يتعلق بوضعه الوظيفى ومتطلبات وظيفته وهدف المشروع – وظروف ارتكاب الجريمة وكذلك تمسكا بالمفهوم الفنى للخطأ التأديبى فى ارتباطه بأثر سلوك العامل على حسن سير العمل بالمشروع بالنظر لمتطلبات وظيفته استقلالا عن طبيعته الجنائية، نقترح أن يميز فى اطار الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل بحثا عن الخطأ التأديبى بين ما يستدل عليه بقرينة تشريعية قاطعة فى حالة ثبوت ارتكابه(٣٥٨) تأسيسا على الغالب فى الأمر من أن ارتكاب هذه الجرائم من ناحية يصطدم مع متطلبات الوظيفة ومن ناحية أخرى يخل بحسن سير العمل بالمشروع وعلى امكانية التعاون مع العامل. وهذه تنحصر فى الحالات الآتية:

(١) الجنحة المخلة بالشرف أو الآداب العامة.

(٢) الاعتداء على صاحب العمل أو نائبه أو المدير المسئول أو أحد رؤسائه أو أحد العملاء أيا كان سبب الاعتداء، وفيها يفترض بقرينة قاطعة المبرر الجدى للفصل، ما لم يثبت صاحب العمل الخطأ الجسيم على اعتبار أننا نؤيد تبنى فكرة تدرج الخطأ.

---

(٣٥٨) دون أن يطلب من صاحب العمل استظهار وجه الاختلال فى حسن سير العمل ودون أن يقبل من العامل أن ينفيه بتقديم الدليل العكسى.

– أما ما عدا ذلك من حالات الجنح المرتكبة داخل دائرة العمل[٣٥٩] فنقترح أن يستفاد منها بقرينة تشريعية نسبية الخطأ التأديبي الذى يصلح كمبرر جدى للفصل. وباعتبار أننا نؤيد تبنى فكرة تدرج الخطأ، فإنه يصح لرب العمل أن يثبت أن خطأ العامل يتجاوز المبرر الجدى المفترض ليصل لمستوى الخطأ الجسيم أو يثبت العامل على العكس انتفاء الخطأ التأديبى عن فعله أو يثبت أنه لا يتجاوز مستوى الخطأ البسيط.

بقية هذا البحث فى العدد القادم،،

(٣٥٩) ويدخل فى ذلك الاعتداء على الزملاء.



فكرة المعـرفـة الفنيـة (Know - How) والأسـاس القانونـى لحمايتهـا

(دراسة فى القانون الأمريكى)

دكتـــور

جـلال وفــاء محمـدين

مـدرس القانون التجارى والبحـرى

كليـة الحقوق – جامعة الاسكندرية

مقـدمـة

تحتل اليوم المعـرفة الفنيـة Know - How مكانا هامـا وبـارزا بيـن موضوعات الملكية الصناعية، وذلك لما تثيره من مسائل شائكـة ومعقدة سواء على الصعيد الوطنى فى الدول الصناعية الكبرى، أو علـى الصعـيد الدولـى وبمناسبة نقلها من تلك الدول إلى مثيلاتها من الدول النامية.

والحقيقـة أن أغلبيـة الدراسـات العربيـة قـامت بمعـالجـة المشـكلات المصاحبـة للمعـرفة الفنيـة مـن منظـور العـقد الدولـى، أى فـى إطـار النقل الدولى للتكنولوجيا من الدول الصناعيـة إلـى الـدول الناميـة(١). وعـالجت هـذه الدراسات العديد من المسائل الهامة مثل القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا(٢)، وشروط هذه العقـود(٣)، وأسلوب فض المنازعـات التى قد

---

(١) ومن أبرز هذه الدراسات أنظر: الدكتور محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، كلية الحقوق - جامعـة القاهرة - مركز البحـوث والدراسـات القانونية (١٩٨٤)؛ الدكتور حسـام محمـد عيسـى، نقل التكنولوجيـا، دراسـة فـى الآليـات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العـربى (١٩٨٧)؛ الدكتـور سعـيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة التقنية بين مشروع التقنين الدولى ومشروع القـانون المصـرى، منشأة المعـارف (الاسكندرية ١٩٨٦)؛ الدكتورة نصيرة بـو جمعـة سعـدى، عقـود نقل التكنولوجيا فى مجال التبادل الدولى، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعـة الاسكندريـة (١٩٨٧)؛ الدكتور ماجد عبد الحميد عمار، عقد الترخيص الصنـاعى وأهميته للدول النامية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - (بدون سنة الطبع).

(٢) أنظر بصفـة خاصـة الدكتور يوسف عبد الهـادى خليل الاكيابى النظام القانونى لعـقود نقل التكنولوجيـا فى مجال القانون الدولى الخـاص (١٩٨٩)، وخاصـة القسـم الثـانى من ذلك المؤلف.

(٣) أنظر على وجـه الخصوص الدكتورة سميحـة القليوبى، تقييم شروط التعـاقد والالـتزام بالضمان فى عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعـاصرة، العـدد ٤٠٦ فـى ص ص ٩٧ - ١١٧ (١٩٨٦). أنظر أيضـا، الدكتـور محسـن شـفيق، نقل التكنولوجيـا .... الدراسة المشار إليها سابقا فى ص ص ٢٦ - ٣٥.

تنشأ عنها [٤].

ولا يثور لدينا أدنى شك في جدوى هذه الدراسات من الناحيتين النظرية والعملية، وخاصة بالنسبة للدول النامية. على أن القليل من الدراسات قد توجهت إلى معالجة المشكلات القانونية للمعرفة الفنية في إطار النظم الوطنية في الدول الصناعية الكبرى [٥]. ولا جدل أيضا في أهمية هذه الدراسات. ولا تستمد هذه الدراسات الأخيرة أهميتها فقط من كونها مجالا خصبا للمقارنة النظرية بين النظم القانونية المختلفة، وإنما أيضا لأنها من الناحية العملية تساعدنا على فهم طريقة التفكير والأسلوب الذي ينتهجه المشروع المالك للمعارف التكنولوجية عند التفاوض، ثم التعاقد على نقلها إلى الدول النامية، ومن بينها مصر. ذلك أننا لا ينبغي أن نغفل أن المشروع مالك التكنولوجيا، في الدول الصناعية الكبرى، عادة ما يكون متأثرا - حتى وهو يتعاقد على نقل التكنولوجيا خارج الحدود الاقليمية - بالأفكار الوطنية السائدة في نظامه القانوني، بل

---

(٤) أنظر الدكتور محسن شفيق، نقل التكنولوجيا ....، الدراسة المشار إليها سابقا، في ص ص ١٠٠ - ١٠٢. وأنظر أيضا الدكتور ماجد عمار، عقد الترخيص الصناعي ... الدراسة المشار إليها سابقا، وبصفة خاصة في ص ص ١٩٩ - ٢٨٥؛ الدكتور سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة الفنية .... البحث المشار إليه سابقا في ص ص ١١١ - ١٢٩؛ الدكتورة نصيرة بو جمعة سعدى، عقود نقل التكنولوجيا ... الرسالة المشار إليها سابقا، في ص ص ٣٨٧ - ٤٠٩.

(٥) على أنه من الدراسات القليلة والقيّمة في هذا الخصوص مؤلف الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية ... المشار إليه سابقا، حيث قام المؤلف بمعالجة جانب من مشكلات المعرفة الفنية في القوانين المقارنة لبعض الدول الصناعية الكبرى مثل الولايات المتحدة الأمريكية، واليابان، وفرنسا، وانجلترا وألمانيا. أنظر مؤلف الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا ... المشار إليه، ص ص ١٠٧ - ١٧٤.

إنـه يحـاول بطريقـة أو بـأخرى فـرض هذه الأفكـار علـى المشـروع المتلقـى لهذه المعـارف التكنولوجيـة.

ومـن ثم فلقـد رأينـا أن نتوجـه فـى دراستنـا للمعـرفة الفنيـة إلـى أحـد القوانين الداخليـة؛ وأخترنا لذلك القانون الأمريكـى. فدراسـة المعـرفة الفنيـة فى القانون الأمريكـى لهـا مغـزى هـام. إذ أن الأفكـار والمشـكلات القانونيـة للمعرفة الفنيـة ظهـرت أول مـا ظهـرت فـى الولايـات المتحـدة الأمريكيـة، فأخذ الفقـه بدعـم من القضـاء فى تطوير نظريـة عـامة لحمايتها [٦]، وذلك من خـلال ما يعـرف بقانون الأسـرار التجاريـة Law of Trade Secrets [٧]. فأصبحت هناك معـالجات فقهيـة عديدة، وتطبيقات قضائيـة لا حصـر لهـا فـى هذا المجال، كما استقرت مصطلحات هذا الفرع الجديد من فـروع القـانون، لدرجـة أن اصطلاح Know - How بـات يستخـدم، فى الكثير مـن الأحيـان، حتى فى خـارج الولايـات المتحـدة دون ترجمتـه [٨].

---

(٦) أنظـر بصفـة خاصـة:

Francois Dessemontet, The Legal Protection of Know - How in the United States of America, Second edition (Geneva 1976).

وبصفـة خاصـة فى ص ص ١١ – ١٢.

(٧) ومن أهم المؤلفـات الأمريكية حـول قانون الأسـرار التجـارية مؤلـف:

Roger M. Milgrim, Trade Secrets (Matthew Bender, New York 1981).

وظهـرت أول طبعـة مـن هـذا المؤلـف القيّم فـى عـام ١٩٦٧. وهـو يتكـون مـن جزأين.

(٨) ومن المؤلفـات الفرنسيـة التى تستخـدم اصطلاح Know - How أنظـر:

F. Magnin, Know - How et propriete industrielle (1974).

مشـار إليـه فى:

Francois Dessemontet, The Legal Protection of know - How ....

المرجـع المشار إليـه سابقا فى ص ١١، هامش (١).

وتزداد أهمية دراسة المعرفة الفنية إذا ما علمنا أن نظام براءات الاختراع أمسى فى أفول فى الآونة الأخيرة [٩]. فالحصول على براءة اختراع يقتضى من المخترع أو من المشروع الحائز للاختراع الكشف عنه للمجتمع فى مقابل الحصول على حق استئثارى لاستغلاله لفترة محددة، يصبح بعدها من حق أى مشتغل بالفن الصناعى استخدام الاختراع واستغلاله. ولما كان نظام براءات الاختراع لا يضفى على المخترع إلا حماية مؤقتة، [١٠] بحيث تندثر هيمنته على اختراعه بعد انقضاء مدة البراءة، فلا غرو أن تسعى المشروعات، وبالذات فى الدول الصناعية الكبرى إلى الاحتفاظ بما لديها من اختراعات ومعارف فنية فى طى الكتمان من أجل استغلالها لأطول فترة ممكنة، وذلك خارج التنظيم القانونى لبراءات

---

(٩) أنظر فى هذه الفكرة فى الفقه المصرى: الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا ... المرجع المشار اليه سابقا فى ص ص ١١٠ - ١١١. ولقد ذهب البعض إلى أن نظام براءات الاختراع يفضل من الناحية الاقتصادية نظام المعرفة الفنية لأنه يكشف للمجتمع عن أسرار التكنولوجيا فيزيد من دفع عجلة التقدم الفنى والتكنولوجى. بينما ذهب البعض إلى انتقاد نظام براءة الاختراع على أساس أنها تعطى المخترع احتكارا من شأنه أن يكون من سلطاته المطلقة فرض شروط الترخيص مما قد يؤدى إلى ارتفاع نفقات التكنولوجيا. كما ذهب البعض إلى أن نظام المعرفة الفنية، على العكس، قد يؤدى إلى التقدم العلمى، لأن المنافسين الآخرين سوف يبذلون قصارى جهدهم للكشف عن سر التكنولوجيا غير المبرئة، مما يؤدى إلى إذاعة سر الاختراع دون وجود أى احتكار كالذى تخوله البراءة. أنظر فى مناقشة هذه الحجج:

Francois Dessemontet, The Legal Protection of Know-How ....

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١١١ - ١١٣.

(١٠) ومدة البراءة فى القانون الأمريكى هى سبعة عشر عاما. أنظر:

Milgrim, Trade Secrets .... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الثانى، الفصل الثامن، فى ص ٣١.

وفى القانون المصرى، فإن مدة الإحتكار التى تخولها براءة الاختراع هى خمسة عشر عاما أنظر: الدكتور محمد حسنى عباس، الملكية الصناعية والمحل التجارى (دار النهضة العربية ١٩٧١) فى ص ٢٤٠. ويلاحظ أن المدة تبدأ من تاريخ إيداع الطلب.

الاختراع. وبهذا الاسلوب تتمكن هذه المشروعات من ممارسة نوع من الاستئثار الفعلي على ما تحوزه من عناصر ومعارف تكنولوجية طالما استطاعت الحفاظ على سريتها (١١).

فالسرية إذا هى عصب حماية المعرفة الفنية. فإذا فقدت المعرفة الفنية ما تتميز به من سرية زالت عنها ما كانت تتمتع به من حماية، إذ لا يستطيع حائزها الأول، بعدئذ، منع أى شخص من استغلالها أو استعمالها (١٢).

ولما كان المشروع المالك للمعرفة الفنية يسعى إلى استثمارها بإعتبارها عنصرا هاما من عناصر المشروع الرأسمالى، فإنه عادة ما يدخل فى علاقات متعددة قد تتعرض فيها السرية التى تتميز بها المعرفة

(١١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة الفنية ....، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١١ – ١٣؛ أيضا أنظر الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا ....، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ١١٠ – ١١١. وأنظر فى الفقه الأمريكى: Milgrim, Trade Secrets، المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الثانى، فى الفصل رقم ٨ فى ص ص ٤ – ٥.
أنظر فى معنى قريب الدكتورة سميحة القليوبى، تقييم شروط التعاقد، والالتزام بالضمان، المقالة المشار إليها سابقا، فى ص ١٠٧ حيث تشير إلى انتشار نقل التكنولوجيا غير المشمولة ببراءة اختراع إذ "تمثل التكنولوجيا الحاصلة على براءة اختراع نسبة تتراوح فقط من ٢٪ إلى ٥٪ بالنسبة للمعرفة الفنية فى عقود نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية".

(١٢) أنظر:
Milgrim, Trade Secrets ....، المرجع المشار إليه سابقا (الجزء الأول) الفصل الثانى، فى ص ص ٣٥ – ٣٦. وأنظر بصفة خاصة فى الوسائل الداخلية التى يتخذها المشروع المالك للمعرفة الفنية للحفاظ على السرية:
Tom Arnold, Internal Security Measures for Protection of confidential Information.
والبحث المشار إليه منشور بأكمله فى:
Daniel H. Kane, Trade Secrets Tody (Practising Law Institute 1971).
فى ص ص ٦٧ – ٨٧.

الفنية للإفشاء. ومن ثم فغالبا ما يتم تضمين العقود التى يكون محورها المعرفة الفنية شروطا صريحة، تلزم متلقى التكنولوجيا أو من يتصل علمه بها، بالحفاظ على سريتها. وعادة ما يتضمن الشرط الصريح نطاق السرية من حيث الموضوع، أى تلك المعارف التكنولوجية التي يتعين على المتلقى أن يحفظها فى طى الكتمان؛ كذلك يتضمن هذا الشرط تحديدا لنطاقه من حيث الأطراف والمدة، أى الأشخاص الذين يسمح لهم بالإطلاع على الأسرار التكنولوجية وأيضا المدة التى يتعين خلالها الحفاظ على السرية (١٣). فإذا لم يحترم متلقى المعرفة الفنية الشرط الصريح المنصوص عليه فى العقد، فلا جدل أن مالك هذه التكنولوجيا سيبادر إلى الالتجاء إلى القضاء لإستصدار حكم يلزم الطرف المتلقى بإحترام تعهداته بالالتزام بالكتمان، أو التعويض إن كان قد حصل بالفعل إفشاء للأسرار التكنولوجية. فالعقد إذا هو أساس الحماية القانونية للمعرفة الفنية عند وجود شرط صريح يلزم المتلقى لها بالحفاظ على السرية.

ولكن تثور مشكلة حماية المعرفة الفنية عندما يخلو العقد من نص أو شرط صريح يلزم المتلقى بالحفاظ على السرية. كذلك تثور مشكلة حماية المعرفة الفنية خارج نطاق العقد، أى فى الأحوال التى لا تتوافر فيها مقومات العقد بين مالك المعرفة الفنية والشخص الذى اتصل علمه بها، ومثال ذلك حالة فشل المفاوضات فى عقد الترخيص باستغلال المعرفة الفنية، أو فشل المفاوضات المؤدية الى بيعها ... الخ. ففى هذه الأحوال يصعب القول بأن العقد يمثل الأساس القانونى للحماية؛ إذ لا يوجد عقد

---

(١٣) أنظر فى مشكلات الحماية التعاقدية للمعرفة الفنية: Milgrim, Trade Secrets المشار إليه سابقا، فى (الجزء الأول)، الفصل الثالث، فى ص ص ٢ - ٩٩.

بالمعنى الفنى الدقيق، بينما اضطر مالك المعرفة الفنية إلى إطلاع الطرف الآخر على بعض الجوانب السرية للتكنولوجيا التى بحوزته، ترغيبا فى اتمام الصفقة. هنا يكون من غير الإنصاف ترك مالك المعرفة الفنية دون ما أساس قانونى لحماية ما تسرب من أسرار تكنولوجية أثناء فترة المفاوضات.

ولقد أخذ القضاء الأمريكى، يؤازره فى ذلك الفقه، فى بسط الحماية القانونية على المعرفة الفنية معتمدا فى هذا على بعض الأفكار فى قانون العقد فى الشريعة الانجلوسكسونية والتى تسمح له بمد الحماية القانونية حتى ولو لم يكن هناك اتفاق صريح يلزم الشخص الذى اتصل علمه بالأسرار التكنولوجية بالحفاظ على سريتها. بل لقد لجأ القضاء الأمريكى إلى حماية المعرفة الفنية حتى خارج نطاق العقد، وتأسيس هذه الحماية على بعض الأفكار المتعلقة بنظرية المسئولية التقصيرية Tort Law. ولقد صاغ كل من القضاء والفقه الأمريكى هذين الأسلوبين فى الحماية فى شكل نظرية تعرف الآن، فى محيط قانون الأسرار التجارية الأمريكى، بنظرية علاقة الثقة [١٤]

---

(١٤) أنظر فى عرض هذه النظرية والدفاع عنها المؤلف القيم للأستاذ Turner، وهو فى الواقع أول محاولة جادة لإرساء نظرية متكاملة للأسرار التجارية فى كل من القانونين الانجليزى والأمريكى، أنظر:

Amedee Turner, The Law of Trade Secrets (Sweet & Maxwell, London 1962).

أنظر على وجه الخصوص الجزء الرابع من كتاب الاستاذ Turner، فى ص ص ٢٦٥ - ٣٦٠.

ومن الجدير بالذكر أن نظرية علاقة الثقة قد تبناها كل من القضاء والفقه الأمريكى، وبصفة خاصة أنظر الحكم الصادر فى قضية:

B.I. du Pont de Nemrours Powder Co. V. Masland, 37 Supreme Court 575 (1917)

وأنظر أيضا فى الفقه الأمريكى:

Ridsdale Ellis. Trade Secrets (1953).

The Confidential Relationship Theory. بل لقد مد القّضاء الأمريكى الحماية الواجبة للمعرفة الفنية، فى بعض الأحوال، دون فحص للعلاقة الفعلية للأطراف (مالك المعرفة الفنية والمتلقى لها) إلا فى اللحظة أو فى الوقت الذى حصل فيه إفشاء للسرية؛ ويكون ذلك فى الحالة التى يحقق فيها المتلقى للمعرفة الفنية إثراء على حساب مالكها Unjust Enrichement.

ومن ثم فإن حماية المعرفة الفنية فى القضاء الأمريكى تعتمد على وجود علاقة ثقة معينة، أيا كان الأساس الذى ترتكز عليه هذه العلاقة، وسواء كان هذا الأساس منبثقا عن الأفكار العقدية أو المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب. على أنه يمكن مع ذلك حماية المعرفة الفنية حتى خارج نطاق علاقات الثقة. فالمعرفة الفنية Know - How تعتبر، حسب السائد فى القانون الأمريكى، حقا من حقوق الملكية Property right ، وفقا للمفهوم الفنى لهذا الإصطلاح [١٥]. ومن ثم فإن الاستيلاء عليها، حتى فى حالة

= وبصفة خاصة فى الفصل الخامس، فى ص ص ٨٣ - ٩٠، والذى يعالج فيه المؤلف الصور المختلفة لعلاقات الثقة والتى سنشير إليها فيما بعد خلال دراستنا. وأنظر أيضا:

Don Weisner & Antia Gava, Stealing Trade Secrets Ethically, Vol. 47 Maryland Law Review 1076 - 1129 (1988).

وبصفة خاصة فى ص ص ١١٠٥ - ١١١٩. وأنظر .فى تطبيق نظرية علاقة الثقة فى بعض الولايات الأمريكية:

Peter C. Quittneyer, Trade Secrets and Confidential Information under Georgia Law, Vol. 19 Georgia Law Review 544 - 623 (1985).

وبصفة خاصة فى ص ص ٦٦٩ - ٦٧٠.

وأنظر أيضا:

Note, The "Genetic Message" from the Cornfields of IOWA: Expanding the Law of Trade Secrets, Vol. 38 Drake Law review 631 - 654 (1988 - 89).

وبصفة خاصة فى ص ص ٦٣٧ - ٦٣٩.

(١٥) أنظر مؤلف: Milgrim, Trade Secrets، المشار إليه سابقا فى (الجزء الأول)، الفصل الأول، وبصفة خاصة فى ص ص ٢ - ١٤، وأنظر أيضا فى ذات =

غياب علاقة من علاقات الثقة، يعتبر استيلاء غير مشروع لحق من حقوق الملكية misappropriation ، فيكون لصاحبه الدفاع عنه واسترداده، أو طلب التعويض، أو كليهما معا، وذلك كما في حالة الحصول على المعرفة الفنية بطريق الغش Fraud أو في حالات التجسس الصناعي Industrial Espinoage (١٦)، وهي حالات قد تثير في نفس الوقت الحماية الجنائية (١٧). على أنه باستثناء حالات الاستيلاء غير المشروع على المعرفة الفنية، فإن نظرية علاقات الثقة تبقى هي الأساس لحماية المعرفة الفنية، ويكون في نفس الوقت على طالب الحماية اثبات ملكيته للمعرفة الفنية، فملكية المعرفة الفنية، حتى في الأحوال، التي تتوافر فيها علاقة الثقة، وإن كانت لا تشكل الأساس القانوني للحماية، إلا أنها على الأقل تعتبر بمثابة الطبيعة القانونية للحق المطلوب حمايته. وعليه، فإن طالب حماية المعرفة الفنية يتوجب عليه إبراز ملكيته عليها بجانب الاستناد إلى علاقة معينة من علاقات الثقة، والتي تبرر هذه الحماية.

= المؤلف الإشارات العديدة إلى القضاء الأمريكي بصدد موقفه من فكرة ملكية المعرفة الفنية، راجع في ذلك هامش (١) من نفس الفصل. وأنظر أيضا:
Ellis, Trade Secrets .... المؤلف المشار إليه سابقا في ص ص ١٠ – ١٣.
وانظر أيضا:
Melvin Jager, Trade Secrets Law Handbook (1984).
وبصفة خاصة في ص ص ٥٦ – ٦١.

(١٦) أنظر في الجاسوسية الصناعية، مؤلف: Milgrim, Trade Secrets المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الخامس، في ص ص ٢٠ – ٢٥، والإشارات للعديد من المقالات في هذا الموضوع في هامش (٢) من ذات الفصل.

(١٧) أنظر مقالة:
Micheal A. Epstein, Criminal Liability for the Misappropriation of Trade Secrets.
هذه المقالة منشورة بأكملها في الملحق رقم B-5 في الجزء الثاني من مؤلف: Milgrim, Trade Secrets ، المشار إليه سابقا، في ص ص B5 - 1 , B5 158 .

وسنحاول من خلال هذه الدراسة إبراز مفهوم نظرية علاقات الثقة كأساس لحماية المعرفة الفنية فى القانون الأمريكى، وذلك من خلال بيان الأسس الفنية التى تقوم عليها هذه النظرية وأهم تطبيقاتها القضائية، وذلك فى إطار قانون الأسرار التجارية. على أنه قبل البدء فى شرح أبعاد نظرية علاقات الثقة، فإنه يتعين بيان مضمون المعرفة الفنية والطبيعة القانونية لها بإعتبارها حقا من حقوق الملكية فى القانون الأمريكى.

تقسيم: وعليه يمكن تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول : مضمون المعرفة الفنية وطبيعتها القانونية فى القانون الأمريكى.

المبحث الثانى : الأساس القانونى لحماية المعرفة الفنية فى القانون الأمريكى (نظرية علاقة الثقة).

المبحث الأول
مضمون المعرفة الفنية وطبيعتها القانونية
فى القانون الأمريكى

تمهيد:

بدأ استخدام اصطلاح المعرفة الفنية فى الولايات المتحدة الأمريكية، كما يذكر الأستاذ Eckstrom، فى عام ١٩١٦[١٨]. ولقد أحدث استعمال هذا الاصطلاح نوعا من البلبلة فى المحاكم الأمريكية، حيث تضاربت الأحكام فى تعريفه وتحديد مضمونه.

ولقد ارتبط مفهوم المعرفة الفنية فى بادئ الأمر بمجموع المهارات التى يحوزها شخص ما فى مجال معين، والتى تمكنه من إتقان عمله. فهى من هذا المنظور تشير إلى القدرة الشخصية على إنجاز عمل ما [١٩]. على أن هذا المفهوم كان يخلط بين ما قد يمتلكه الفرد من مهارات شخصية Personal skills، وبين تلك المعارف الموضوعية Objective

---

(١٨) انظر:

Eckstrom, Licensing in domestic and foreign Operations (1964).

فى ص ١٠٧، كما هو مشار إليه فى:

Francois Dessmontet, The Legal Protection of Know - How ....

المشار إليه سابقا فى ص ١٥، وهامش (١٦).

(١٩) انظر فى عرض ومناقشة هذه المسألة:

Thomas J. Collin, Determining Whether Information is Trade Secret Under OHIO Law, Vol. 19 Toledo Law Review 543 - 601 (1988).

وبصفة خاصة فى ص ص ٥٩٢ – ٦٠٠. وأنظر أيضا فى مناقشة هذه المسألة: Turner, The Law of Trade Secrets المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٦٠ – ١٧٢.

Knowledge ؛ هــذه الأخــيرة قــد تشــمل المعــرفة التقنيــة technical knowledge على حـد رأى البعـض، وقـد تشمـل أيضـا فـى رأى البعـض الآخر المعلومات والمعـارف التجارية trade information ، كمـا يذهـب البعض إلى أن اصطلاح المعرفـة الفنيـة يغطى كل الطرق الصناعية سواء كانت مشمولة ببراءة اختراع، أو قابلة للبراءة، أو من غير الممكن الحصـول على براءة اختراع عـليها، وإن كـانت الأغلبيـة ترى أن المعـرفة الفنيـة لا يمكن أن تشمل الابتكارات المغطاة ببراءة اختراع بالنظر إلى فقـدانها شـرط السرية (٢٠).

وعلى أى الأحوال، فإن الفقـه الأمريكـى، فى أغلبـه يذهب إلـى المماثلـة بين مفهوم المعـرفة الفنيـة، وبيـن مفهـوم الأسـرار التجـارية والصناعيـة Trade and Industrial Secrets (٢١). كمـا حـدد كل مـن الفقـه والقضـاء خصـائص معينـة يتعـين توفرهـا فـى محتـوى المعـرفة الفنيـة حتـى يمكـن حمايتهـا؛ فلابـد أن تكـون لهـذه المعـرفـة قيمـة معينـة، ونـوع مـن الجـدة، وأخيـرا، وفـوق كل اعتبـار، لابد أن تحـاط هـذه المعـرفة بالسريـة. بـل إن الفقـه، وكذلك القضـاء الأمريكى يذهبـان إلـى أن المعـرفـة الفنيـة بإعـتبارها شكـلا من أشكال الأسرار التجارية والصناعية تشـكل فـى نفس الوقـت محـلا لحـق الملكيـة. والمـراد بملكيـة المعـرفة الفنيـة، أن لمالكهـا ممارسـة كـل

---

(٢٠) أنظـر فى عرض هذه الآراء:
Francois Dessmontet, The Legal Protection of Know - How in the United States .....
المرجـع المشـار إليـه سابقـا فى ص ص ٤٩ - ٦٠.

(٢١) أنظـر المرجع السابق فى ص ص ٢٩ - ٣٢.

الصلاحيات عليها كما لو كان يمارس حقا عينيا، وهو ما يمكنه من استغلالها واستعمالها ومنع الآخرين من ذلك.

وفيما يلي نقوم بدراسة مضمون المعرفة الفنية في الفقه والقضاء الأمريكي، وذلك في مطلب أول، والطبيعة القانونية للحق على المعرفة الفنية، وذلك في مطلب ثان.

تقسيم:

المطلب الأول : مضمون المعرفة الفنية في القانون الأمريكي.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للمعرفة الفنية في القانون الأمريكي.

المطلب الأول
مضمون المعرفة الفنية فى القانون الأمريكى

١ - ارتباط تعريف المعرفة الفنية بفكرة الأسرار التجارية:

يذهب الفقه الغالب فى الولايات المتحدة إلى المماثلة بين المعرفة الفنية وما يعرف هناك بالسر التجارى Trade Secret.

والواقع أنه لا يوجد تعريف محدد للسر التجارى، (٢٢) إذ أن حماية الأسرار التجارية بإعتبارها أحد عناصر المشروع الرأسمالى تخضع لمحاكم العدالة equity courts (٢٣)، حيث أنه لا يوجد قانون فيدرالى يحكم هذا الموضوع (٢٤). ومع ذلك فلقد جاءت مدونة المسئولية (٢٥) Restatement

---

(٢٢) وفى صعوبة تعريف السر التجارى: أنظر Dessmontet المرجع السابق فى ص ص ٢٠ - ٤٨.

(٢٣) محاكم العدالة equity courts هى "دوائر قضائية عليا ذات ولاية خاصة تخولها تطبيق القانون على أساس العدالة الطبيعية والانصاف المنطلق من القيود والشكليات، واتباع اجراءات استثنائية خاصة".
أنظر: Faruqi's Law Dictionary, thir edition Beirut (1991)

(٢٤) ويلاحظ أنه على الرغم من صدور قانون موحد للأسرار التجارية Uniform Trade Secret Act، كما سنذكر لاحقا، إلا أن هذا القانون ليس فيدراليا.
أنظر فى ذلك:
Michael Epstein, Modern Intellectual Property (Second edition 1989), Supplement (1990).
فى ص ص ٥ - ٦. ومن الجدير بالذكر أن بعض الولايات الأمريكية أصدرت قوانين خاصة بها تعالج مسائل الأسرار التجارية، أنظر فى ذلك على سبيل المثال:
Joseph E. Root & Guy M. Blynn, Abandonment of Common Law Principles: The North Carolina Trade Secrets Protection Act, Vol. 18 Wake Law Review, no. 5, 823 - 855 (1982).
وأنظر أيضا:
Gerald B. Buechler, Jr. Revealing Nebraska's Trade Secret Act, Vol 23 Creighton Law Review, 323 - 347 (1990).

of Torts بتعريف للسر التجارى وذلك بقولها "إن السر التجارى يجوز أن يتكون من أى تركيبة، نموذج، آلة، أو مجموعة من المعلومات، والتى تستخدم فى أعمال شخص ما، والتى تمكنه من الحصول على ميزات معينة فى مواجهة منافسيه، الذين لا يعلمون بها، أو لا يمكنهم استخدامها" (٢٦).

وأول ما نلاحظه أن المدونة قد قامت بتعريف الأسرار التجارية بطريق التعداد المحدد. ومن ثم فلا يصلح كسر تجارى إلا التركيبات الكيميائية، والنماذج، والآلات. صحيح إن المدونة تتكلم عن المعلومات التجارية، ومن أمثلتها قوائم العملاء Customers' Lists (٢٧)، وما يشابهها من معلومات وأسرار متعلقة بالتجارة، إلا أنها أغفلت نوعا هاما وبارزا من المعلومات، ألا وهى المعلومات التقنية أو الفنية technical information ، والتى تدخل بلا جدل فى عداد المعرفة الفنية.

---

(٢٥) ومن الجدير بالذكر أن المدونة Restatement ليست قانونا بالمعنى الفنى، وإنما هى تجميع للمبادئ القضائية والفقهية موضوعات مختلفة من موضوعات القانون كالعقود والملكية والمسئولية وغيرها. وهى بصفة عامة لها احترام كبير. أنظر فى معنى قريب:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ....

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٤ - هامش (٢٩).

(٢٦) أنظر مدونة المسئولية:

Restatement of torts 757 (b) (1949)

كما هو مشار إليها فى:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property .....

المشار إليه سابقا فى ص ص ٢ - ٣.

(٢٧) أنظر فى مناقشة مدى اعتبار قوائم العملاء داخلة فى الأسرار التجارية:

Russell W. Adams, Customer Lists as Trade Secrets under Alabama's New Trade Secrete Act, Vol. 41 Alabama Law Review 150 - 165 (1989).

والواقع إن هذا التعريف للأسرار التجارية، والذى جاءت به المدونة، قد أصبح تعريفا باليا، بالنظر لقصوره الشديد عن ملاحقة الأفكار الحديثة فى مجال الملكية الصناعية فى القانون الأمريكى، إذ أن تعريف المدونة قد تم وضعه فى عام ١٩٣٩. ولقد تلافت الأحكام القضائية، وكذلك الفقه هذا القصور، حيث حصل توسع كبير فى تعريف الأسرار التجارية لكى تستوعب الظواهر الحديثة التى لم تكن معروفة وقت وضع المدونة، مثل حماية البرامج الخاصة بالحاسب الآلى والمعارف التكنولوجية الإدارية والتنظيمية التى يتم تطويرها من خلال البحث المنظم فى إطار مشروع ما [٢٨].

ومع ذلك فلقد اعتنقت الكثير من الأحكام الأمريكية، سواء تلك التى صدرت على المستوى الفيدرالى، أو على مستوى محاكم الولايات نفس التعريف الذى جاءت به المدونة، أو على الأقل تبنت تعريفات قريبة منه. ومن ذلك الحكم الشهير الصادر فى قضية Colgate، والذى أصدرته الدائرة الرابعة للمحاكم الفيدرالية فى عام ١٩٥٦ [٢٩]، حيث جاء فيه أن "السر التجارى – يجوز أن يكون فى شكل تركيبة، آلة، أو مجموعة من المعلومات التى يستخدمها شخص ما فى أعماله، والتى تكفل له الحصول على ميزة معينة فى مواجهة منافسيه، الذين قد لا يعلمون بها أو على الأقل لا يقومون باستخدامها. فهو (أى السر التجارى) يجوز أن يكون فى شكل مركب كيمائى معين، أو طريقة تصنيع كمعالجة أو حفظ المواد، أو نموذج

(٢٨) انظر فى هذا المعنى:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ....

المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٣ – ٢٤.

(٢٩) انظر:

Colgate - Palmolive Co. V. Carter Products, Inc. 230 F. 2d 843 (1956).

لماكينـة أو آلـة، أو قائمـة للعمـلاء" (٣٠). ومن ثم فإن الأسرار التجاريـة هـى التى ترتبط أساسا بكيفيـة انتاج السلـع، سـواء تعـلق الأمـر بـالآلات والطـرق التى تستخدم فى صناعتها، أو الأمور غير التقنيـة مثل قوائـم العـمـلاء، فـى تحديد الأسعار، طرق حفظ الدفاتر التجارية والمعلومات التى الموجودة فيها ..... الخ. ولعل أوضح حكم أخذ بالتفسير الواسع لمعنى السر التجارى هـو الحكم الصادر فى قضيـة Smith V. Dravo، حيث قررت المحكمـــة "أن أى نـوع من المعرفـة أو المعلومات تستخدم فى تسيير الأعمال يمكن اعتبارهـا سرا تجاريا" (٣١). كما حددت المحكمـة العليا الأمريكيـــة Supreme Court تعريفا للسر التجـارى لا يخرج عن التعـريف الذى ورد فى المدونة (٣٢).

وأخـيرا، فلقـد أثمـرت الجهـود التى قامت بها جمعيـة توحيـد قوانيـن الولايـات عن إصـدار قانون موحـد للأسرار التجاريـة Uniform Trade Secret Law، وذلك فى عـام ١٩٧٩، والذى تم تعـديله فى عـــام ١٩٨٥ (٣٣).

---

(٣٠) الحكم السابق، فى ص ٨٦٤.

(٣١) أنظـر:

Smith v. Dravo Corp. 230 F. 2d 369 (7th Circuit 1953).

وبصفـة خاصـة فى ص ٣٧٣، من ذات الحكم.

(٣٢) أنظر على سبيل المثال الحكم الحديث الصادر من المحكمـة العليا الأمريكيـة فى هذا الخصـوص، وهو حكـم:

Aronson v. Quick Point Pencil Co., 440 U.S. 257 (1979).

وبالذات فى ص ٢٦٦، حيث قالت المحكمـة أن:

"The most commonly accepted definition of trade secrets is restricted to confidential information which is not disclosed in the normal process of exploitation".

(٣٣) أنظر فى ذلك:

Michael Epstien, Modern Intellectual Property ...... (supplement 1990).

المرجـع المشـار إليـه سابقا فى ص ٥.

ولقد كان هدف هذا القانون هو محاولة توحيد بعض المسائل المتعلقة بالأسرار التجارية فى الولايات المختلفة. على أن هذا القانون ليس قانونا فيدراليا، وإنما هو تجميع لمبادئ الشريعة العامة Common Law Principles ، ومن ثم فسريانه أمر اختيارى لكل ولاية على حدة (٣٤).

ولقد ذكرت المادة الرابعة من الفصل الأول من القانون الموحد تعريفا محددا للسر التجارى، "فالسر التجارى يعنى المعلومات بما تشمله من تركيبات ونماذج، توليفة معلومات، برامج، آلة، أسلوب، تقنية، وسيلة والتى:

١ - تكون لها قيمة اقتصادية حالة أو ممكنة، وذلك طالما لم تكن معروفة إلا لدى هؤلاء الأشخاص الذين يحصلون على قيمتها الاقتصادية من خلال علمهم واستخدامهم لها، وطالما لم يكن من الممكن للآخرين

أنظر النص الكامل لقانون الأسرار التجارية الموحد (لعام ١٩٧٩)، والتعليق عليه موجود فى الملحق رقم (A) من الجزء الثانى فى مؤلف: Milgrim, Trade Secrets .... ، المشار إليه سابقا.

(٣٤) وعدد الولايات التى تبنت هذا القانون حتى عام ١٩٩٠ هى تسع وعشرين ولاية، بالاضافة إلى مقاطعة كولومبيا.

أنظر: Michael Epstien: Modern Intellecual Property ، المشار إليه سابقا فى ص ٥. وأنظر بصفة خاصة فى موضوع قانون الأسرار التجارية الموحد:

Ramon A. Klitzke, The uniform Trade Secret Act, Vol. 64 Marquette Law Review, 24 - 277 (1980).

أيضا:

Thomas Dean Helmholdt, The Uniform Trade Secrets Acts: The Impact its Adoption would Have on Michigan's Common - Law Protection on Trade Secrets and Proposed Modifications for Legislative Consideration, Vol. 63 University of Detroit Law Review, 516 - 336 (1986).

اكتشافهــا أو الحصــول عــليها بوســائل مشــروعــة؛ و(٢) أن تحــاط هــذه المعلومات بوسائل معقولة، طبقا للظروف، للحفاظ على سريتها"[٣٥].

ويتضــح أن تعريف الأسرار التجارية أصبح تعريفـا واسعـا فى ظل القانون الموحـد. فلقد أضـاف التعريف الجديد بعـض الأمـور التـى لـم تكـن موجـودة فـى تعـريف مدونــة المسئوليــة؛ ومـن تلـك الإضافـات: الأســلوب method ، والبرنـامـج Program ، والتقنيـة technique [٣٦]. وهى إضافـات جاءت بصفـة خاصـة لتشمل فكرة المعرفة الفنيـة Know - How.

كما يلاحظ أن هذا التعريف يستوجب أن تكون للأسرار التجارية قيمـة اقتصادية معينة، بحيث تعطى لصاحبها ميزة خاصة فى مواجهـة المنافسين، وهذا يقتضى ألا يكون السر التجـارى معـروفا أو مستخدما مـن الكافــة، ولا يقصـد بالكافة هنا جمهور الناس فى مجتمع مـا، وإنما يقصـد بذلك رجال الفن الصنـاعـى فى مجـال محـدد، ومثال ذلك أن وسيلـــة معينـــة تستخــدم لإعــادة تشكيل معـدن ما قد تكون مجهولة أو غير شائعة بين الجمهور، ومع ذلـك فهى مألوفـة لرجال الصـناعـة، ومن ثم لا تصلح هذه الوسيلة كموضوع لســر تجارى يمكن شموله بالحمـاية [٣٧].

---

(٣٥) أنظر المـادة الرابعة من الفصل الأول من قانون الأسرار التجاريـة الموحـد السابق الإشـارة إليه.

(٣٦) أنظـر:

Melvin Jager, Trade Secret Law Handbook (1984). فى ص ص ٤٤ .

(٣٧) المرجع السابق، فى ص ٤٤.

وأخيرا، فإن تعريف السر التجارى فى القانون الموحد لا يقتصر فقط على المعارف التى تتضمن عنصرا ايجابيا، بل يتسع ليشمل أيضا المعارف السلبية، ومثال الأخيرة تلك المعلومات التى تعتبر خلاصة بحث طويل وجاد والتى تثبت أن وسيلة أو طريقة معينة لا يمكن أن تحقق النتائج المنشودة؛ فهذه المعلومات تعتبر من الأسرار التجارية حيث أن لها قيمة تجارية أو اقتصادية معينة يمكن من خلالها فيما بعد توفير الوقت والجهد وذلك باستبعاد هذه الوسيلة من النطاق البحثى لعدم جدواها (٣٨). ويعد هذا حكما جديدا يخالف ما كان مستقرا فى القضاء الأمريكى من "أن السر التجارى الذى يمكن حمايته يتعين أن يكون ايجابيا لا سلبيا؛ بمعنى، أن العدالة، لا تحمى المعلومات المتعلقة بالأخطاء التى يمكن تجنبها" (٣٩).

وتذهب الأغلبية الساحقة فى فقه الملكية الصناعية فى الولايات المتحدة إلى المماثلة التامة بين مفهوم ومضمون الأسرار التجارية والمعرفة الفنية. فالمعرفة الفنية Know - How ما هى إلا سر تجارى Trade Secret (٤٠). بل إن هذين الاصطلاحين يستخدمان فى الكثير من الأحكام

---

(٣٨) المرجع السابق فى ص ٤٤. وأنظر أيضا فى مناقشة مدى إمكان حماية المعارف السلبية:

Turner, The Law of Trade Secrets ...

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١١١ - ١١٢.

(٣٩) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

Accord, Detachable Bit Co. V. Timken Roller Bearing Co., 133 F. 2d 632, 56 U.S.P.Q 490, 494 (6th. Cir. 1943).

كما هو مشار إليها فى: Jager, Trade Secrets Handbook فى ص ٤٤.

(٤٠) أنظر فى ذلك:

Patrick Hearn, The Business of Industrial Licensing (Grower Publication 1986).

وبصفة خاصة فى الفصل السادس من هذا المؤلف تحت عنوان:

القضائية الأمريكية للدلالة على نفس المضمون الواحد (٤١). ويترتب على ذلك تماثل النظام القانونى لكل من المعرفة الفنية والأسرار التجارية. فالمعرفة الفنية، وإن كانت اصطلاحا حديثا نسبيا، إلا أنها لا تخرج عن السر التجارى الذى عرفته محاكم العدالة منذ زمن بعيد، سواء من ناحية المضمون أو النظام القانونى.

ومع ذلك، فإنه حتى فى إطار هذه الأغلبية الفقهية، فإن هناك من يرى أنه على الرغم من وجود تشابه بين الأسرار التجارية والمعرفة الفنية؛ إلا أن هذا التشابه يتعين أخذه بعين الحذر. فثمة اختلاف بين الاصطلاحين من حيث المضمون، وذلك انطلاقا من الدور الوظيفى الذى لكل منهما فى الحياة الاقتصادية. فالمعرفة الفنية يمكن تصورها من خلال حركتها، وبصفة خاصة عند الترخيص باستعمالها أو استغلالها من مشروع ما إلى مشروع آخر، أو من شخص إلى آخر. وعليه، فإن الوسائل والطرق الصناعية مثلا، والتى يتم الترخيص بها من المشروع المبتكر لها إلى مشروع آخر، يطلق عليها المعرفة الفنية؛ أما إذا احتفظ الشخص بهذه الطرق والوسائل الصناعية واستخدمها فى إطار المشروع بطريقة استئثارية، ودون حصول أى ترخيص للآخرين باستعمالها، ففى هذه الحالة الأخيرة، يمكن أن يطلق على نفس

Know - How and the Law of Trade Secrets ، وبصفة خاصة فى ص ص ١٠٣ - ١٠٤ من المؤلف المذكور.

وأنظر أيضا:

Francois Dessemontet, The Legal Protection of Know - How .....

وبصفة خاصة فى ص ص ٢٩ - ٣٠.

(٤١) ومثال ذلك الحكم الصادر فى قضية Colgate ، والذى أشرنا إليه سابقا، حيث كانت تعالج المحكمة مسألة Know - How بالمعنى الدقيق، ومع ذلك كانت تتكلم عن Trade Secret ، أنظر:

Colgate - Plamolive Co.,v. Carter Products, Inc. 230 F. 2d 843 (1956).

المعارف اصطلاح السر التجارى. وبعبارة أخرى، فإن المعرفة الفنيــة فـى نظر هذا الفقه، ما هى إلا سر تجارى يمكن انتقاله إلى الغـير بطريق العـقد (عقد الترخيص)، أمـا إذا حصـل الاحتفـاظ بـه فـى دائـرة الوحـدة الانتاجيــة الأصلية، ودون علم المنافسين به، فهى سر تجارى (٤٢).

والحقيقة إن التفرقة بين المعرفة الفنية والسر التجارى من حيث الآداء الوظيفى والمتمثل فـى الدور الاقتصـادى الـذى يلعـبه كل منهمـا، وإن كـان واقعا مقبولا، إلا أنه تبقى مع ذلك حقيقة أخرى، وهى أن مضمون ومحتوى المعـارف لا يختلف فى الحالين. وإذا كان هنـاك اختـلاف، فهو ينحصـر فـى أسلوب الحماية. فـإذا حصل ترخيص إلى الغير باستعمال المعلومات الفنيـة، فإن العقد يكون هو أداة الحماية الاساسية. أما إذا احتفظ المشروع المالك لهذه المعلومات الفنية باستعمالهـا واستغلالها بطريقة استئثارية داخل أسـواره، فإن فكرة الملكية تلعب الدور الأسـاسى فى الحمايـة بإعتبـار أن الاستيلاء عليهـا، دون ترخيص، يعتبر استيلاء غير مشروع على حق من حقوق الملكية (٤٣).

---

(٤٢) من أنصار هذا الرأى، أنظر:

James Pooley, Trade Secrets, How to Protect your Ideas and Assets (1982).

وبصفــة خاصــة فى ص ص ٧ – ٩. وأنظر أيضا:

Harris L.J. and Siegel: Trade Secrets in the Context of Positive Competiton, 10 IDE 297 (1966) reprinted in Nurturing New Ideas (183. 691) PP. 82 - 105, at P. 88.

هذا المرجع الأخير إليـه مشار إليه فى:

Francois Dessemontet, The Legal Protection ....

المشار إليه سابقا فى ص ٣٢، هـامش (٦١).

(٤٣) وأنظر بصفـة خاصـة فى فكرة الملكيـة كأسـاس لحمـاية الأسـرار التجاريـة، عنـد تخلف أى عـلاقة ثقـة مقالة:

Roman A. Klitzke, Trade Secrets: Important Quasi - Property Rights, Vol. 41 The Business Lawyer, 555 - 570 (February, 1986).

وبصفـة خاصـة فى ص ص ٥٥٦ – ٥٥٨.

كما ذهب البعض أيضا إلى أن المعرفة الفنية هى من حيث المحتوى أوسع مضمونا من الأسرار التجارية. فالمعرفة الفنية تشمل وفقا لهذا المفهوم كل التقنيات التى تصلح لأن تكون محلا للأسرار التجارية، وتمتد أيضا لتشمل تلك المعارف التى لا تصلح كسر تجارى. فالسر التجارى ينحصر فقط فى طريقة أو وسيلة أو مركب ما، وكذلك فى بعض المعلومات الثانونية الأخرى. أما المعرفة الفنية فهى مجموعة متكاملة من المعلومات والمعارف التى تؤدى إلى ابتكار وتطوير وتصنيع منتج ما، حتى ولو كان جانب من هذه المعارف لا يتسم بالسرية الكاملة (٤٤).

ويلاحظ على هذا الرأى أنه يعتمد على مدونة المسئولية فى تعريفه للأسرار التجارية. ومن ثم جاء تحديد السر التجارى بأسلوب ضيق، مما يفضى حتما إلى اعتبار المعرفة الفنية أكثر اتساعا من حيث المضمون. على أن هذا الرأى لم يعد له شأن كبير، بعد صدور القانون الموحد للأسرار التجارية والذى توسع إلى حد كبير فى مضمون المعارف التى تصلح كسر تجارى بحيث أصبح يستوعب أيضا التحديد الفضفاض للمعرفة الفنية طبقا لهذا الرأى الفقهى. على أن الانتقاد الحقيقى للرأى السابق يكمن فى مقولته بأن أحد عناصر التمييز بين الأسرار التجارية والمعرفة الفنية هو

---

(٤٤) أنظر فى عرض هذا الرأى:
Melvin Jager, Trade Secrets Law Handbook, ...
المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٠ - ٣١.
وأيضا أنظر فى عرض هذا الرأى وانتقاده:
Francois Dessemontet, The Legal Protection. المرجع السابق الإشارة إليه فى ص ص ٣٥ - ٣٧.

فكرة السرية؛ فبينما الأولى يتعين أن تكون سرية، فإن الثانية يمكن أن يتسع موضوعها ليضم بعضا من المعارف التى لا تتسم بصفة السرية. وعليه، توجد الكثير من المعلومات التقنية المستخدمة فى الصناعة، والتى لا تعتبر سرا لأنها معروفة وشائعة بين رجال الفن الصناعى؛ وهى معلومات يمكن حمايتها لأنه ينطبق عليها وصف المعرفة الفنية، وإن كانت لا تعتبر سرا تجاريا. على أن القول السابق يجب أن يؤخذ بنوع من الحذر. فصحيح أن هناك بعض المعلومات والمعارف الفنية المستخدمة فى إطار المصانع والمشروعات المختلفة، والتى تكون بصفتها المنفردة غير سرية ومعروفة للرجل المتخصص فى الفن الصناعى، إلا أن هذه المعلومات لا يمكن إضفاء الحماية عليها بصفتها المنفردة، وإن كان من الممكن حمايتها إذا كان مجموع هذه المعارف يشكل توليفة فنية معينة Combination (٤٥). فعلى الرغم من أن مكونات أو مفردات هذه التوليفة شائعة وغير سرية، إلا أن التوليفة ذاتها كمجموع عام للمعلومات الفنية يتعين حمايتها لأنها تقود إلى معالجة مشكلة ما بأسلوب غير معروف أو غير ذائع من قبل. فالسرية إذا حتى فى هذه الحالة الأخيرة هى من الخصائص اللازمة للمعرفة الفنية، ولا يوجد اختلاف بينها وبين الأسرار التجارية من هذه الزاوية.

---

(٤٥) أنظر فى مدى حماية التوليفة Combination كمعرفة فنية أو سر تجارى:
Milgrim, Trade Secrets .... ، المرجع المشار إليه سابقا.
وأنظر فى الفقه المصرى، الدكتور حسام عيسى الذى يقول "إن القضاء الأمريكى مستقر على حماية المعرفة الفنية التى تتكون من توليفة جديدة Combination لعناصر تكنولوجية معروفة من قبل. فالجدة هنا تتعلق بالتوليفة ذاتها ولو كانت كل عناصرها معروفة من قبل" أنظر الدكتور حسام عيسى: نقل التكنولوجيا دراسة فى الآليات القانونية ...... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٢٦ ١٢٧.

وأخيرا، فلقد ذهب جانب من الفقه الأمريكي إلى أن مضمون المعرفة الفنية أضيق من محتوى الأسرار التجارية (٤٦). فالمعرفة الفنية تتساوى مع الأسرار التجارية من حيث الموضوع - طبقا لهذا الرأى - إذا ما فصلنا عنها أمرين أساسيين: الأول هو المعلومات التجارية مثل المعارف الإدارية والتنظيمية، والثاني هو التقنيات الصناعية التي لا يمكن شمولها ببراءة اختراع. وبعبارة أخرى، فالمعرفة الفنية تتساوى مع الأسرار التجارية إذا ما استبعدنا منها كل من المعلومات التجارية والتقنيات الصناعية أو الأسرار الصناعية التي لا يمكن شمولها ببراءة اختراع (٤٧).

---

(٤٦) أنظر فى هذا الرأى: Turner الذى يقول:

"The words "Know - How" are used by the layman to mean all the valuable knowledge which is accumulated by research workers, pilot - plant operators, and others who have produced a new process by means of experimentation and effort. Sometimes the words are used loosely to refer to the process itself, particularly if that process involves the use of a new machine. However, the general usage encompasses valuable knowledge which is an adjucnt to the use of a new invention".

أنظر: Turner, The Law of Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٢.

(٤٧) وقريب من هذا الرأى فى الفقه المصرى، الدكتور ماجد عمار الذى يقول "ومن كل ما سبق نستطيع أن نقرر أن مفهوم المعرفة الفنية Know - How عبارة عن ملكية خاصة تتكون كمجموعة فنية تحتوى على معلومات وأساليب وخبرة فنية معينة، ولا ترقى إلى مستوى الاختراع." أنظر الدكتور ماجد عمار، عقد الترخيص الصناعي .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٦٧. أما الدكتورة سميحة القليوبي فتذهب إلى القول بأن "التكنولوجيا هى التطبيق العملى لهذه الأبحاث العلمية، وهى وسيلة للوصول إلى أفضل التطبيقات لهذه الأبحاث العلمية. إذا هناك البحث العلمى النظرى فى ناحية والتطبيق العملى من الناحية الأخرى. .... هذا التطبيق الفنى وفقا لما سبق هو التكنولوجيا، وهى المعرفة الفنية وفق أبسط التعريفات". أنظر الدكتورة سميحة القليوبي تقييم شروط التعاقد ... المقالة المشار إليها سابقا فى ص ١٠٦.

والرأى السابق منتقد من ناحيتين: فمن ناحية أولى، أن عقود نقل المعرفة الفنية عادة ما تضم شروطا صريحة تقضى بالحفاظ على سرية كل من المعارف أو المعلومات الصناعية، وأيضا المعلومات الأخرى المرتبطة بتنظيم إدارة الانتاج وتسويق المنتجات (٤٨). وهذا فى ذاته دلالة على مدى ارتباط الأسرار غير الصناعية بفكرة المعرفة الفنية. ومن ناحية ثانية، فإن الرأى القائل بأن التقنينات الصناعية التى لا يمكن تغطيتها ببراءة اختراع لا يمكن أن تصلح موضوعا للمعرفة الفنية هو قول يجافى الحقيقة. ذلك أن ابتكارا ما قد لا يصل إلى الدرجة التى تجعله يرقى إلى مستوى تغطيته ببراءة اختراع، وذلك لفقدانه، مثلا، درجة الجدة المطلوبة لشموله بالبراءة، ومع هذا قد تكون له قيمة معينة فى الصناعة أو فى العمليات الانتاجية وبالتالى يصلح لأن يكون محلا للمعرفة الفنية، ويتم الترخيص به للغير (٤٩).

والخلاصة أن الفقه الراجح وكذلك الأحكام الأمريكية فى مجموعها تساوى بين كل من مفهوم الأسرار التجارية والمعرفة الفنية من حيث الموضوع. فالمعرفة الفنية لا تقتصر فقط - كما يرى البعض - على المعرفة أو الأسرار الصناعية Industrial Know - How ، ولكنها تشمل

---

(٤٨) أنظر فى هذا المعنى:

Melvin Jager, Trade Secrets Law Handbook ......

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٥.

(٤٩) أنظر فى هذه الفكرة:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ٨٥ - ٨٦. أنظر أيضا :

Michael Epstein, Modern Intellectual Property ....

المرجع المشار إليه سابقا فى (Supplement 1990) ، فى ص ٢١ - ٢٢.

أيضا المعلومات أو المعارف التجارية أو ما يطلق عليها بالانجليزية Trade Know - How . فالمعرفة الفنية لا تنحصر فى التقنيات التى تؤدى إلى اخراج منتج معين، وإنما تمتد لتشمل المعلومات التجارية التى تساعد على إدارة وتنظيم العملية الانتاجية، مثل المعلومات التى تسهل عمليات التسويق للمنتجات والإعلان عنها وقوائم العملاء، وغيرها (٥٠).

على أن المعرفة الفنية سواء كانت تتجسد فى شكل أسرار صناعية أو اسرار تجارية، فإنه يتعين أن تتوافر لها خصائص أو شروط معينة، حتى تصلح موضوعا للحماية القانونية. فلابد أن تكون المعرفة الفنية ذات قيمة، وأن تتوافر على نوع من الجدة، وفوق كل ذلك أن تتسم بالسرية. وفيما يلى نوضح المقصود بهذه الشروط.

(٥٠) والواقع أن هذا التعريف الواسع للمعرفة الفنية يقترب بشكل كبير من تعريف الدكتور حسام عيسى للمعرفة الفنية حيث يقول إنها عبارة عن "مجموع المعارف التكنولوجية النظرية والعملية، والصناعية والإدارية، الجديدة والقابلة للانتقال، والتى تحتفظ بها المشروعات بشكل سرى، وغير المشمولة ببراءة اختراع" أنظر الدكتور حسام عيسى: نقل التكنولوجيا، دراسة فى الآليات ....، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٣٠. ومع هذا قارن بعض التعريفات الأخرى التى تحدد مفهوم المعرفة بالمعارف التى تقبل التطبيق الصناعى كالذى أورده الدكتور يوسف الاكيابى، حيث يقول إن المعرفة الفنية هى "مال منقول معنوى ذو طابع سرى وغير مشمول بحماية قانونية خاصة"، وتجدر الإشارة أن حق المعرفة الفنية لا يختلف عن براءة الاختراع، فكلاهما من الناحية الفنية عبارة عن التطبيق العملى للأفكار والنظريات العلمية. وبالتالى فكلاهما يساعد على نقل التكنولوجيا، غير أنه يبقى الفرق بينهما فى أن حق المعرفة Know - How غير مشمول بحماية قانونية خاصة خلافا لبراءات الاختراع".
أنظر الدكتور يوسف الاكيابى، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا ....، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٥١ - ١٥٢. كما يتبنى أيضا الأستاذ الدكتور محسن شفيق تعريفا ضيقا حيث يقول "فالتكنولوجيا والحال كذلك هى مجموعة معلومات تتعلق بكيفية تطبيق نظرية علمية أو اختراع، أى أنها الجانب التطبيقى للعلم، ويطلق عليها فى الاصطلاح الدارج Know - How (حق المعرفة)".

٢ – شروط المعرفة الفنيـة:

(أ) – شرطا الاستعمال والقيمـة Use, Utility and Value :

يشترط لوجود المعرفة الفنية أن يحصل استخدام لهـا، على الأقل فـى داخل المشروع. ومن ثم فلا توجد حماية على مجـرد الأفكـار التـى لا يمكـن وضعها فى حيز التنفيذ العملى، إذ لا يكفى أن تكون الفكرة ألمعية المستوى Flash of genius ، بل يجـب أن تؤتـى ثمارهـا العـملية (٥١). وفـى هـذا الاشتراط تقـارب بين النظام القانونى لبراءات الاختراع، وبين ذلـك الخـاص بالمعرفة الفنيـة. فالقانون الأمريكـى يشترط لتغـطية اختراع مـا بـالبراءة أن يكون قد تم وضع هذا الاختراع أو الفكرة الابتكارية فيه موضـع التنفيذ علـى الأقل ولو لمرة واحدة قبل التقدم بطلب الحصول على البراءة، وهذا ما يعبر عنـه بالقـدرة على تنفيذ الاختراع عـمليا أو (٥٢) reduction to rpactice .

والواقع أن اشتراط أن تكون المعـارف أو المعلومات الفنية قابلة للتنفيذ العملى أمر ضـرورى للحمايـة (٥٣)، لأن محـاكم العـدالة equity courts لا

---

(٥١) أنظـر فى هذا المعنى:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ....

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٠٣.

(٥٢) أنظر فى معـالجة معنى نفعية الاختراع اللازم لإصدار البراءة:

Choate & Francis, Patent Law (1981). فى ص ٣٧٨. وراجـع الأحكـام القضائيـة الكثيرة والهـامة التى وردت فيـه والتـى تعـالج هذه المسألـة فـى ص ص ٣٧٩ – ٤١٠. وأنظر فى مفهـوم reduction to practice ، نفس المرجع فى ص ١٤٠ وما بعدهـا.

(٥٣) وفى ذلك يقـول Turner :

"In conclusion it may be said, therefore, that, despite constant references to the need for "concreteness", all that is needed of an industrial idea if it is protected, is that it shall have been worked out sufficiently so that when put into practice to problems remain to be solved except those which any

يمكنها أن تضفى أية حماية إلا إذا كانت المعرفة الفنية ذات نفع ما، ليس فقط بالنسبة لتقدير المالك لها، وإنما أيضا للمجتمع فى مجموعه (٥٤). ولا يتأتى ذلك إلا إذا كانت هذه الأفكار يمكن تنفيذها عمليا. ومن ثم فلقد ذهب البعض إلى القول بأنه يشترط أيضا لحماية المعرفة الفنية أن تكون قابلة للانتقال، من خلال العقد مثلا، من مشروع لآخر، حتى تتحقق فكرة فائدتها النفعية. على أن ما يشترط فى هذه الحالة هو (القابلية) للانتقال، حتى ولو لم يتحقق ذلك فعلا، وهو أمر متصور فى الكثير من الأحوال التى يرى فيها المشروع المالك للمعرفة الفنية الاستئثار بها فى إطاره الداخلى، دون الترخيص للآخرين باستعمالها (٥٥).

على أن المقصود بالاستعمال الذى يعطى المعرفة الفنية نفعية معينة هو ذلك الاستعمال الفعلى أو الواقعى Actual Use ، بحيث تعطى للمالك ميزة اقتصادية فوق منافسيه؛ (٥٦)؛ ومن ثم فلا يشترط أن يكون

= compotent technical man is capable of solving. Models are therefore not required, though of course a model is of great use in proving beyond a preadventure that the problems of practical application have indeed been solved at the time of disclosure".

أنظر:

Turner, The Law of Trade Secrets, ... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٥١.

(٥٤) أنظر فى هذا المعنى:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How .....

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٢١١ - ٢١٢.

(٥٥) أنظر فى عرض هذا الرأى والرد عليه:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ....

السابق الاشارة إليه فى ص ص ٤٣ - ٤٤.

(٥٦) أنظر فى هذه الفكرة:

James A. Sheridan, Attorney's Guide to Trade Secrets, (CEB, 1992).

استعمالها على نطاق واسع، أو أن يتم استغلالها فى الانتاج بكميات ضخمة، أو أن تستغل تجاريا بأقصى الدرجات. ويترتب على ذلك أنه لا يشترط أن تكون المعرفة الفنية قد وصلت إلى أقصى درجة من درجات التكامل، أو ذروة التقنية. ذلك أن كلا من الفقه والقضاء الراجح فى الولايات المتحدة يؤكدان على حماية المعرفة الفنية حتى وهى قيد البحث والتطوير، وفى هذا اختلاف مع نظام براءات الاختراع.

فالاختراع لا يكون جديرا بمنح البراءة عنه إلا إذا كانت نتائجه مؤكدة، وثبتت فعالية استعماله Used effectively (٥٧).

ومن ثم لا يصلح محلا للبراءة المعلومات التجريبية، بينما تكون النتائج المتحصلة من بعض التجارب موضوعا للمعرفة الفنية. فالأبحاث قد تمر بمراحل عديدة، يمكن معها الحصول على نتائج معينة من خلال كل مرحلة. هذه المعلومات التجريبية التى يتم التوصل إليها خلال مرحلة بحثية ما، قد تكون بذاتها مفيدة ومؤدية إلى إدخال تحسينات على منتجات معينة قائمة أو خلق منتجات جديدة، وإن لم تكن بذاتها هى النتائج النهائية المنشود الوصول إليها. وبالتالى فإن المعلومات والنتائج التى يتم الحصول عليها، وإن كانت مجرد حلقة فى سلسلة متصلة من التجارب التى تستهدف الوصول إلى شكل متكامل للمعرفة الفنية، إلا أنها تحقق فوائد عديدة للمشروع

= وبصفة خاصة فى ص ص ٣٠ - ٣١. ويعبر هذا المؤلف عن هذه الميزة التنافسية بأن للسر التجارى "قيمة اقتصادية مستقلة" an independent economic value ، أنظر ص ٣٠ من ذات المؤلف.

(٥٧) أنظر فى هذا المعنى:

Choate & Francis, Patent Law ..... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٧٨.

وتمده بقدرة تنافسية فى مواجهة المشروعات الأخرى، بل وقد تعطيه أيضا قيمة اقتصادية معينة من خلال قيامه بالبدء فى العملية الانتاجية بناء على ما حققته هذه التجارب الأولية، مع استمرار العملية البحثية إلى غايتها لبلوغ معلومات فنية ذات درجة عالية من التقدم والتكامل [٥٨]. والدليل على وجوب إدراج هذه المعلومات البحثية في نطاق المعرفة الفنية هو وجود الكثير من عمليات التجسس الصناعى التى تستهدف الاستيلاء على المعلومات التجريبية من داخل المشروعات ذاتها، وفى هذا برهان على قيمة هذه المعلومات [٥٩]. أضف إلى ذلك أنه لو لم يصح القول بإدراج هذه المعلومات التجريبية فى عداد المعرفة الفنية المشمولة بالحماية القانونية لأدى ذلك إلى تقاعس المشروعات المختلفة عن مواصلة الأبحاث والتجارب القائمة والتى ما زالت فى حاجة إلى مزيد من الاتقان، والبدء فى عملية الانتاج بأسرع درجة ممكنة تطبيقا للمعلومات الأولية التى تم التوصل إليها، وذلك بالإسراع باستعمالها للدخول فى الاستغلال التجارى لها، حتى ولو كان ذلك على حساب الجودة النهائية المرجوة للمنتج [٦٠].

(ب) شرطا الجدة Novelty والأصالة Originallity :

الجدة Novelty هى من الشروط الجوهرية التى يتعين توفرها فى الاختراع لكى يمكن شموله بالبراءة. وعادة ما تحدد القوانين المختلفة

---

(٥٨) أنظر فى معنى قريب:
Milgrim, Trade Secrets .... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثانى فى ص ص ٥٣ – ٥٥.

(٥٩) أنظر فى ذلك:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How .....
المرجع المشار إليه فى ص ٢١٥.

(٦٠) المرجع السابق، فى ص ٢١٧.

لبراءات الاختراع شروطا محددة لجدة الاختراع؛ فإن تخلف أحد هذه الشروط انتفت عن الاختراع صفة الجدة. والقانون الأمريكي الخاص ببراءات الاختراع Patent Law يحدد شروطا شكلية وأخرى موضوعية لجدة الاختراع [٦١]. فأما عن الجدة من الناحية الشكلية، فيتعين ألا يكون قد سبق نشر الاختراع أو استعماله لمدة عام سابقة على طلب البراءة. فالاختراع الذى يستوفى هذه الشروط يكون متوافرا على ما يسمى بالجدة الشكلية formal novelty ، وهى جدة ينبغى البحث عنها قبل النظر فيما إذا كان للاختراع جدة موضوعية [٦٢]. أما الجدة الموضوعية Objective Novelty فمعناها أن يشكل الاختراع ابتكارا يكون من الناحية الفعلية غير معروف بالمقارنة بحالة الفن الصناعى State of Art السائدة فى وقت ما [٦٣]. وبعبارة أخرى، أن يمثل الاختراع قفزة معينة بالنسبة للفن الصناعى السائد. على أن القانون الأمريكى أضاف شرطا آخر بجانب هذة الجدة الموضوعية حيث يتعين ألا يكون من السهل التوصل إلى الاختراع من جانب الرجل المتخصص وطبقا لمعطيات الفن الصناعى فى لحظة زمنية معينة، ويعبر عن ذلك اصطلاحا فى قانون براءات الاختراع الأمريكى بألا يكون الاختراع من الوضوح not obvious بحيث لا يكون اكتشافه قريب المنال بالنسبة للشخص المتخصص [٦٤].

---

(٦١) أنظر فى شروط منح براءة الاختراع فى القانون الأمريكى:
Choate & Francis, Patent Law ... المرجع المشار إليه سابقا فى الفصل الثانى من المؤلف وذلك فى ص ٨٤ وما بعدها.

(٦٢) أنظر فى شرح الشروط الشكلية للبراءة، المرجع السابق، فى ص ص ٣٦٦ – ٣٧٥.

(٦٣) أنظر فى فكرة الحالة السائدة فى الفن الصناعى، المرجع السابق، فى ص ص ٣٦٦ – ٣٧٥.

(٦٤) أنظر فى شرح هذا الشرط، المرجع السابق، فى ص ص ٣٥٦ – ٣٦٦.

على أنه يجب عدم الخلط بين جدة الاختراع نفسه، والفكرة الابتكارية أو النشاط الابتكارى الذى يمثل موضوع الاختراع innovation أو ما يطلق عليه أحيانا inventive activity . فالفكرة الابتكارية تعبر عن أصالة الاختراع، ودرجة الابتكار التى يمثلها. ومن ثم فإن الكلام عن جدة الاختراع لا يتطلب بالضرورة فحص الفكرة الابتكارية. فقد تكون الفكرة الابتكارية بسيطة، ومع ذلك تعتبر متوفرة على الجدة لأنها تشكل تقدما عما هو سائد فى الفن الصناعى، بغض النظر عن درجة هذا الاختلاف (٦٥).

ولكن هل تنطبق نفس الأفكار الخاصة بالجدة، وفقا للمعنى المحدد فى قانون براءات الاختراع، على المعرفة الفنية؟

بصفة عامة، فإن جدة المعرفة الفنية ليست شرطا لحمايتها، وذلك على عكس السرية التى تعتبر جوهر هذه الحماية. فالقضاء الأمريكى، كقاعدة عامة، لا يشترط الجدة لحماية المعرفة الفنية؛ أى لا يشترط أن تشكل المعرفة الفنية تقدما ملحوظا عن السائد فى الفن الصناعى (٦٦). ومع

(٦٥) أنظر فى مفهوم الابتكار فى مجال براءات الاختراع: المرجع السابق، فى ص ص ٨٤ – ٨٧، والأحكام القضائية الكثيرة المشار إليها فيه، فى ص ص ٨٨ – ١١٦ من نفس المرجع. وفى الفقه المصرى: أنظر: الدكتور محمد حسنى عباس، الملكية الصناعية والمحل التجارى، (دار النهضة العربية ١٩٧١) فى ص ص ٥٧ – ٦٧؛ أنظر أيضا:
الدكتورة سميحة القليوبى، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية – بدون سنة النشر) فى ص ص ٥٨ – ٦٤.

(٦٦) أنظر فى هذا المعنى الأحكام القضائية العديدة التى أشار إليها Milgrim ، ومن أمثلتها:

هذا فقد تتطابق فكرة الجدة اللازمة للاختراع مع فكرة الجدة فى المعرفة الفنية، وذلك فى الحالة التى يكون فيها الاختراع المراد حمايته متوفرا على الشروط اللازمة لشموله ببراءة اختراع، إلا أن صاحبه يؤثر الاحتفاظ به سرا تحت مظلة الأسرار التجارية (أو المعرفة الفنية). فى هذه الحالة يكون للمعرفة الفنية نفس طابع الجدة الموجود فى الاختراع الجدير بالبراءة (٦٧).

أما خارج الحالة المذكورة، فإن القضاء الأمريكى لا يشترط ضرورة توافر الجدة بمعناها الموضوعى بالنسبة للمعرفة الفنية. بمعنى أنه لا يشترط أن تكون المعلومات أو المعارف المكونة للمعرفة الفنية مختلفة اختلافا بينا عن حالة الفن الصناعى السائد. فقد تكون هذه المعارف معروفة من قبل، ومع هذا توصل إليها شخص آخر بطريقة مستقلة تماما. هنا تجوز الحماية، طالما أن المعرفة ما زالت محتفظة بعنصر السرية، حتى ولو كان آخرون قد سبقوا إلى التوصل إليها (٦٨). أضف إلى ذلك، أنه قد

= Sinclair v. Aquarius Electronics, Inc., 42 Cal. App. 3d 216, 116 Cal. Reptr. 645, 184 U.S.P.Q 682, 684 (1st. Dis. 1974); Data Gen. Corp. v. Digital Computer Controls., Inc. - A. 2d, 188 U.S.P.Q 276, 280 (Del. Ch. 1975).

هذين الحكمين وغيرهما مشار إليهما فى:
Milgrim, Trade Secrets ..... المرجع المشار إليه سابقا (الجزء الأول).
الفصل الثانى فى ص ٨٥ – ٨٦ (هامش ٩).

(٦٧) أنظر فى هذا المعنى:
Milgrim, Trade Secrets المرجع السابق، الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ٨٤.

(٦٨) أنظر فى هذا المعنى:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ......
المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٩٦ – ١٩٧ وأنظر أيضا فى معنى الجدة المقصود للمعرفة الفنية أو الأسرار التجارية:
James Sheridan, Attorney's Guide to Trade Secrets ......
المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٩ – ٣٠.

توجد معلومات أو معارف معينة معروفة لجميع المشتغلين بالفن الصناعى، ولكن شخصا ما استطاع استخدام نفس هذه المعلومات والمعارف لمعالجة مسألة ما بطريقة أو بأسلوب لم يكن معروفا، ولم يكن من السهل على الرجل المتخصص فى ذات الفن الصناعى إدراك استخدام نفس التقنيات المعروفة للتوصل إلى نفس النتيجة. فهذا التطبيق الجديد لوسائل أو لمعارف معلومة من قبل يعتبر من قبيل المعرفة الفنية. وبعبارة أخرى، فالجدة التى تشترط لحماية المعرفة الفنية هى جدة نسبية(٦٩).

على أنه يلاحظ أيضا أن المعرفة الفنية يجب أن تتوفر على قدر من الأصالة Originallity ، (٧٠) ولا يقصد بذلك أن تشكل المعرفة الفنية ابتكارا invention كذلك الذى يتطلبه قوانين براءات الاختراع، ولكن كل ما هناك أن يتعين أن تمثل المعرفة الفنية اكتشافا ما Discovery.

ومع هذا ذهب رأى مرجوح فى كل من الفقه والقضاء الأمريكى إلى أن المعرفة الفنية لا يشترط أن تتوفر على اكتشاف ما. ويدعى أصحاب هذا الاتجاه أن الأصالة ليست مطلوبة فى المعرفة الفنية لأن حق مالكها

---

(٦٩) أنظر فى هذا المعنى:
Milgrim, Trade Secrets .... المشار إليه سابقا (الجزء الأول)، الفصل الثانى، فى ص ص ٩١ – ٩٤. وأنظر معنى قريب، ..... Ridsalle Ellis, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٦.

(٧٠) وأنظر فى التفرقة بين الأصالة، الاكتشاف، والسرية:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How .... المشار إليه سابقا فى ص ص ١٩٦ – ١٩٨.

أضعف كثيرا من حق المخترع، فهو حق هش بمقارنته بحق الاحتكار الناشئ عن منح البراءة. أضف إلى ذلك، أن الحماية المرجوة للمعرفة الفنية ليس هدفها أصلا مكافأة من توصل إليها أو لتشجيعه على بحثه أو ابتكاره، ولكن الحماية تمنح لاعتبارات اقتصادية أساسا، وهى حمايته فى مواجهة أشخاص معينين، هم منافسوه، وتمكينه من استخدام المعارف التى توصل إليها بغض النظر عن أصالتها لإكسابه ميزة تنافسية فى مواجهة أقرانه. وعليه، فطالما أن الهدف المباشر لحماية المعرفة الفنية ليس هو مكافأة الخلق والابتكار، فلا يوجد داع لاشتراط أى عنصر من عناصر الأصالة فيها [٧١]. ويستند هذا الرأى إلى الحكم الصادر فى قضية Sarkes Tarizan [٧٢] والذى قالت فيه المحكمة بأنه "لكى يوجد سر تجارى Trade Secret ، فلابد من توفر اكتشاف ما. ومع ذلك، فإنه لا يمكن القول بوجود اكتشاف عندما يقوم شخص باستخدام معارف معلومة لتطوير طريقة أو وسيلة ما يمكنها تحقيق نتائج معينة" [٧٣]. ومقتضى هذا الحكم أن السر التجارى قد يمثل اكتشافا، وقد لا يصل إلى هذه الدرجة ومع هذا يكون جديرا بالحماية.

---

(٧١) أنظر فى عرض هذا الرأى، والرد عليه، Dessemontet ، المرجع السابق، فى ص ص ٢٠٠ – ٢٠٢.
ومن أنصار هذا الرأى:
Epstein, Modern Intellectual property .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٢١ – ٢٢.

(٧٢) أنظر قضية
rkes Tarzian, Inc. v. Audio Devices, Inc. 119. USPQ 20 (1958, SD, Cal.)
كما هو مشار إليه فى Dessemontet ، السابق فى ص ١٩٩ (هامش ٤٩).

(٧٣) الحكم السابق فى ص ٣٠.

والرأى السابق ليس من الحقيقة فى شئ. ذلك أن عنصر الأصالة يتعين توفره فى المعرفة الفنية. فعنصر الأصالة موجود فى كل فروع الملكية الذهنية Intellectual Property ، وإن كان بمعان وبدرجات مختلفة. فمثلا، فى مجال براءات الاختراع يتعين لكى يكون الاختراع أصيلا أن يتضمن نشاطا ابتكاريا معينا، وفق ما أشرنا إليه من قبل؛ وفى مجال حقوق المؤلف، فإنه يقصد بالأصالة أن يكون التعبير عن الأفكار منسوبا بصدق إلى شخص المؤلف، أى أن خلق العمل الفنى أو الأدبى منسوب إلى شخصه authenticity of creation [٧٤]. أما فى مجال المعرفة الفنية، فيقصد بالأصالة أن تشكل هذه المعارف اكتشافا معينا، وإن لم يكن بذاته يمثل أى اختلاف عن حالة الفن الصناعى السائد، إلا أن طريقة استعماله أو أسلوب الاستفادة منه لم يكن فى متناول الآخرين فى نفس المجال[٧٥].

ولقد استطاعت إحدى المحاكم الفيدرالية الأمريكية أن توجز بحق الاختلاف بين عنصر الأصالة اللازم للحصول على براءة الاختراع،

---

(٧٤) أنظر Dessemontet ، المرجع السابق فى ص ص ١٩٧ – ١٩٨.

(٧٥) فى هذا المعنى أنظر:

Milgrim, Trade Secrets ...... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ص ٨٨ – ٨٩. ويقول الدكتور حسام عيسى أن معيار جدة المعرفة الفنية هو معيار ذاتى وذلك طالما "أن المعارف التكنولوجية التى يستخدمها مشروع معين غير متاحة للمشروعات الأخرى العاملة فى نفس الفرع الانتاجى أو لمعظمها على الأقل، وطالما أن هذه المشروعات لا تستطيع التوصل إلى هذه المعارف إلا ببذل جهد يتطلب المال والوقت، فإنه يمكن إدراج هذه المعارف فى إطار المعرفة الفنية. – وهذا المعنى للجدة فى مجال المعرفة الفنية هو ما يأخذ به القضاء الأمريكى .."

أنظر الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا .... المرجع السابق الإشارة إليه فى ص ١٣٦.

والأصالة اللازمة للحصول على حماية المعرفة الفنية. ففى قضية [٧٦]. Smith Corp. v. Petroleum قالت المحكمة بأنه "حتى يكون الشخص جديرا بالبراءة، فلابد من وجود اختراع أو ابتكار. فيجب على طالب البراءة أن يكون قد مارس نوعا من الجهد الابتكارى والذى قد يتمثل فى فكرة ألمعية، إلهام، تخيل والذى لا يمكن لشخص عادى فى نفس النشاط المهنى أن يمارسه ... ومع ذلك، فإن طريقة ما يمكن، إذا ظلت فى طى الكتمان، شمولها بالحماية على الرغم من عدم احتوائها على أى فكرة ابتكارية. وتشير بعض الأحكام إلى أن هذه الطريقة يتعين أن تشمل على جانب من الأصالة بما تمثله من اكتشاف. على أن الاكتشاف أقل درجة من الاختراع. فالاختراع يتطلب العبقرية، التخيل، الإلهام أو أى وسيلة أخرى تؤدى إلى ميلاد فكرة ابتكارية. أما الاكتشاف فقد يكون نتيجة الصناعة، التطبيق العملى، أو حتى محض الصدفة ... ولا يمكن التقليل من أهمية الاكتشاف الذى يؤدى إلى إحداث نتائج غير معروفة من قبل لمجرد أن الوسائل أو المعارف التى تم التوصل من خلالها إلى تحقيقه هى وسائل معروفة أو فى متناول الجميع، إذ أن عدم إضفاء وصف الاكتشاف على النتيجة فى هذه الحالة معناه استفادة المنافسين من ميزة جديدة غير واضحة لهم من قبل، فيستفيدون، بدون مبرر، من الجهد والمال الذى أنفقه المكتشف ...." [٧٧].

وبعبارة وجيزة، فإن المعرفة الفنية تتوفر على قدر من الأصالة، أيا كان هذا القدر؛ وخاصة أن هذه المعارف الفنية يتم التوصل إليها، عادة، بعد

---

(٧٦) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

A.O. Smith Corp. v. Petroleum Iron Works Co., 73 F. 2d, 431 (6th Cir. 1934).

(٧٧) الحكم السابق فى ص ص ٥٣٨ – ٥٣٩.

بذل الكثير من الجهد البحثى المكثف، ورصد الأموال الضخمة فى سبيل تطويرها (٧٨). بل إن الواقع العملى يشهد بأن الكثير من المعارف الفنية السائدة حاليا تشكل انقلابا تكنولوجيا كبيرا، وهى تفوق، من حيث المحتوى، حتى الكثير من الاختراعات المشمولة ببراءة اختراع. وأخيرا، فإن القول بأن المعرفة الفنية لا تمتد حمايتها إلا فى مواجهة أشخاص محددين على عكس البراءة التى تؤدى إلى احتكار فى مواجهة الجميع، هو قول يجافى الحقيقة لأن حماية المعرفة الفنية هى حماية فى مواجهة الكافة، حتى ولو كانوا حسنى النية، ما عدا هؤلاء الذين قاموا بالتوصل إليها بطرق مستقلة تماما(٧٩).

(جـ) شرط السرية Secrecy

(١) مضمون سرية المعرفة الفنية:

كانت الأحكام القضائية الأمريكية، والتى صدرت فى أواخر القرن الماضى، تأخذ بمفهوم مطلق للسرية absolute secrecy ، بمعنى أن تكون هناك سرية كاملة Complete Secrecy حتى يمكن القول بوجود سر تجارى. والواقع إن هذا المفهوم المطلق للسرية كان يتناسب مع الأشكال البسيطة للمشروع الرأسمالى، والتى كانت سائدة فى هذه الحقبة الزمنية. فلقد كان عدد العاملين فى المشروع صغيرا جدا، بالمقارنة لما هو عليه الآن، ثم

---

(٧٨) أنظر فى ذلك:
Turner, The Law of Trade Secrets .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٠٧، وما بعدها.

(٧٩) أنظر فى هذه الفكرة الأخير..
Dessemontet, The Legal [illegible] tion of Know - How .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٠١.

إن ظاهرة انتقال العمالة بين المشروعات المختلفة والمتجانسة فى نوعية النشاط لم تكن بنفس الصورة التى عليها الحال اليوم. أضف إلى ذلك أن التقنيات والمعارف الفنية لم تكن على نفس القدر من التعقيد الذى هى عليه اليوم. كل هذه العوامل كانت تسمح للمشروع الفردى بالحفاظ على سرية المعلومات بطريقة كاملة، بل إن مالك المشروع نفسه كان هو الوحيد، فى بعض الأحوال، الذى تظل المعلومات الفنية بحوزته، وكانت تتوارث بين الأجيال وفى إطار العائلة الواحدة.،

ومن ثم فقد كان استلزام السرية المطلقة لوجود السر التجارى أو المعرفة الفنية أمرا منطقيا (٨٠). أما فى وقتنا الحالى، فإن الأمور جد مختلفة. ذلك أن العملية الانتاجية تتطلب تقسيم العمل على نحو شديد التخصص، بما يتيح الفرصة أمام الكثيرين من العاملين داخل المشروع للوصول إلى المعرفة الفنية المستخدمة، أو على الأقل على جانب منها؛ وهذا فى حد ذاته يزيد من احتمالات تسربها إلى المشروعات المنافسة عن طريق أحد هؤلاء العاملين الذى قد ينتقل للعمل فى واحد من هذه المشروعات المنافسة، أو حتى عن طريق أحد هؤلاء العمال الذى قد يتآمر مع مشروع منافس وينقل إليه ما علمه من أسرار تجارية (٨١).

---

(٨٠) أنظر فى هذا المعنى:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٢٩ - ١٣٠.

(٨١) أنظر فى هذه الأفكار:

Arthur Seidel, What the General Practitioner Should Know about Trade Secrets and Eployment Agreements, (1984).

وبصفة خاصة فى ص ص ٢١ - ٢٢.

وأنظر بصفة خاصة فى اتفاقات العاملين بعدم منافسة رب العمل مالك الأسرار التجارية:

=

بل إن مالك المعرفة الفنية قد يقوم بالترخيص باستعمالها للغير، ويدخل في العديد من العلاقات التعاقدية من هذا النوع، والذى يتيح للآخرين فرصة العلم بتفاصيل هذه الأسرار التجارية [٨٢]. وعليه، فإن اشتراط السرية المطلقة لحماية المعرفة الفنية أصبح أمرا غير وارد في ظل الظروف الاقتصادية والقانونية الحديثة.

فليس المقصود من سرية المعرفة الفنية إذا أن يقتصر العلم بها على شخص واحد أو أشخاص محددين فقط، بل المقصود بذلك ألا يمتد العلم بها إلى المشتغلين في فن صناعى معين، بحيث تكون في متناول الجميع دون قيد، ودون أن يمثل ذلك أى اعتداء على حقوق المالك الأصلى.

وبعبارة وجيزة فسرية المعرفة الفنية هى سرية نسبية من حيث الأشخاص، أى من الممكن ألا يقتصر العلم بها على شخص واحد فقط. بل إن نسبية السرية من حيث الأشخاص لا تنصرف فقط إلى امكان اتصال العلم

= E. Frank Cornelius, Michigan's Law of Trade Secrets and Covenants not to Compete: Chapter Two, Vol. 66 Uniyersity of Detroit Law Revuiew, 33 - 47 (1988).

أنظر أيضا:

Myrphy Readio, Balancing Employer's Trade Secret Interests in High-Technology Products against Employees' Rights and Public Interests in Minnesota, Vol. 69 Minnesota Law Review. 984 - 1006 (1985).

(٨٢) أنظر في ذلك:

Patrick Hearn, The Business of Industrial Licensing ....

المرجع المشار إليه سابقا، في ص ص ١٠٤ – ١٠٥.

وأنظر أيضا:

James A. Sheridan, Attorney's Guide to Trade Secrets.

وبصفة خاصة في ص ص ٣٨ – ٣٩.

بها إلى أكثر من شخص، بل تشير أيضا إلى نسبية الاستئثار بها. فهناك شبه اجماع من كل من المحاكم والفقه الأمريكيين إلى أن مالك المعرفة الفنية ليس له احتكار يخوله مكنة الاستئثار باستعمال نفس المعرفة الفنية التى يقوم شخص آخر أو حتى عدة أشخاص آخرون بالتوصل إليها بطرق مستقلة تماما عن المالك الأول لها (٨٣). بل إن هؤلاء الآخرين لا يستطيعون من باب أولى منع المالك الأول للمعرفة الفنية من الاستمرار فى استعمالها. وعليه، فإنه من الفروض الشائعة، أن نجد أكثر من شخص أو مشروع يمكنه امتلاك نفس المعلومات والمعارف الفنية، ولا يطعن ذلك فى سريتها طالما أن كلا منهم يستخدمها فى إطار من الكتمان، بل إنه يجوز لأى منهم الترخيص باستعمالها للآخرين ولا يؤدى ذلك إلى التفريط فى السرية، وذلك لالتزام المرخص لهم بالكتمان (٨٤).

---

(٨٣) أنظر فى ذلك:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٣١ - ١٣٢.

أنظر أيضا

James G. Staples & Leslie Bertagnoli, Know - How in the united States, in "The Know - How Contract in Germany, Japan, and the United States (edited by Herbert Stumph 1984).

وبصفة خاصة فى ص ص ٢٦٠ - ٢٦١.

أنظر فى معنى قريب الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة فى الآليات ... حيث يقول بأنه لا يشترط "أن تكون السرية مطلقه، بمعنى أن تكون المعارف التكنولوجية المكونة للمعرفة الفنية احتكارا خالصا لمشروع واحد يستبقيها ليستغلها وحده ..... فمن المتصور مثلا أن تنتج المعرفة الفنية عن بحث مشترك recherche commune بين مشروعين مختلفين. كما أنه من المتصور أيضا أن يتوصل أكثر من مشروع إلى نفس المعرفة الفنية فى وقت واحد من خلال البحث المنظم أو الخبرة العملية. ومع ذلك تبقى السرية قائمة فى كل هذه الحالات طالما بقيت هذه المعارف غير متاحة لباقى المشروعات العاملة فى نفس المجال الانتاجى". أنظر ص ١٣٣ من ذات المرجع.

(٨٤) أنظر فى ذلك:

=

والسرية كما هى نسبية من حيث الأشخاص، فهى أيضا نسبية من حيث الموضوع. فلا يشترط أن تكون جميع عناصر المعرفة سرية أو غير معلومة بطريقة عامة للمشتغلين فى فن صناعى ما. فلقد ذكرنا من قبل أن المعرفة الفنية تكون جديرة بالحماية حتى ولو كانت جميع مكوناتها أو عناصرها معروفة وذائعة من قبل، طالما أن هذه العناصر فى مجموعها تشكل توليفة أو طريقة جديدة غير ذائعة لمعالجة مسألة ما. كذلك إذا قام شخص ما، أو حتى المخترع نفسه، بتطوير طريقة أو وسيلة أخرى لاستعمال أفضل للاختراع الممنوح عنه براءة اختراع ما زالت سارية؛ فإن هذه الطريقة أو الوسيلة تصلح لحمايتها تحت لواء نظرية الأسرار التجارية،

= Turner, The Law of Trade Secrets ..... المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٨ - ٢٩. ومع هذا فإن هذا المؤلف تثور لديه الشكوك حول اتصاف المعرفة الفنية بالسرية إذا أصبحت معلومة لجانب كبير من رجال الفن الصناعى، دون أن تربطهم بالمالك الأصلى علاقة ثقة معينة، وفى هذا يقول:

"The question of disclosure by the possessor of a secret to a large part of the trade in the form of Licenses to use in confidence poses a balancing of the rules of confidence and those of secrecy: a disclosure cannot be made in confidence if it has no secrecy, and consequently to put the question whether confidential disclosure to a large part of the trade destroys secrecy is to beg the question. Mostly, the cases show that to have the necessary degree of secrecy for protection there must be a considerable part of those who are interested in the subject, not knowing the secret. The knowledge of the world at large is unimportant, it is the knowledge of the interested world. Thus if there are a hundred firms in a certain business and all know the secret "in confidence", there is no secrecy; while if sixty or seventy know in confidence, presuambly there is "relative" secrecy ..... The relevance of knowledge by a considerable number in confidence, however, is this: if sixty of a hundred know without the burden of confidence, a court might well decide that the secret was out and must soon be known by all: while if the sixty are bound by confidence the court might consider the secret had some stable future, and its disclosure to another would then be rightly regarded as a disclosure of real value".

على الرغم من أن الموضوع الأصلى (أى الاختراع الصادر عنه براءة) أصبح ذائعا بين العاملين فى الفن الصناعى [٨٥]. بل إن المخترع قد يطور بعض المعلومات التجارية Business information لتوزيع أو بيع المنتج المشمول ببراءة اختراع؛ ويمكن اعتبار هذه المعلومات سرية على الرغم من ذيوع كيفية صنع المنتج نفسه [٨٦]. بل إن شخصا ما قد يتوصل إلى تطبيق جديد براءات اختراع قد انقضت مدتها (أى بعد فوات سبعة عشر عاما على منح البراءة وفقا للقانون الأمريكى)، ومع ذلك يكون هذا التطبيق الجديد موضوعا لحماية الأسرار التجارية [٨٧].

فالسرية التى تنطوى عليها المعرفة الفنية، والتى تؤهلها للحماية، هى السرية النسبية سواء من حيث الموضوع أو الأشخاص.

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان طلب براءة الاختراع، ثم صدورها يمكن أن يؤثر على سرية المعرفة الفنية، بحيث تفقد الحماية المستمدة من قانون الأسرار التجارية المطبق فى محاكم العدالة فى الولايات المتحدة الأمريكية؟. فى الواقع ينبغى أن نفرق بين حالتين: حالة طلب البراءة، وحالة صدور براءة الاختراع بالفعل.

---

(٨٥) أنظر فى ذلك:
..... Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا فى (الجزء الأول)، الفصل الثانى، فى ص ص ٥٨ - ٥٩، وأيضا الأحكام القضائية الكثيرة المشار إليها فى هامش رقم (٩) فى ص ٥٨ من نفس المرجع.

(٨٦) المرجع السابق، فى الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ٥٩، والأحكام القضائية المشار إليهما فى هامش (١١) من نفس الصفحة فى ذات المرجع.

(٨٧) المرجع السابق فى الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ص ٥٩ - ٦٠.

الحالة الأولى: طلب براءة الاختراع ***Patent application*** (٨٨).

إن التقدم بطلب الحصول على براءة اختراع لا يؤدى بذاته، وكقاعدة عامة، إلى إفشاء سرية الاختراع. فطلب البراءة يتم حفظه فى سرية كاملة فى مكتب براءات الاختراع الأمريكى، ولا يكون لأى أحد، من غير العاملين والمتخصصين فى هذا المكتب، الإطلاع على تفصيلاته إلا بإذن من المخترع نفسه، إلا فى بعض الحالات الاستثنائية (٨٩). والواقع إن استمرار السرية، رغم التقدم بطلب البراءة، ناشئ عن أن المخترع نفسه لا يعلم على وجه اليقين فيما إذا كان سيحصل فعلا على البراءة، أم سيحصل رفض لطلبه (٩٠). أضف إلى ذلك أن المعلومات المقدمة فى طلب البراءة يتم الإفشاء بها فى علاقة ثقة خاصة بين الطالب، وبين مكتب البراءات Confidential disclosure ، وإذاعة سرية المعرفة الفنية إن حصلت فى هذا الإطار، لا تؤدى إلى انهيار الحماية المرتبطة بها، لأنها ما زالت محتفظة بعنصر السرية (٩١). وبعبارة أخرى، فإن تقدم المخترع بطلب البراءة، لا

---

(٨٨) أنظر فى كيفية التقدم بطلب البراءة، والفحص اللازم للاختراع ...
Choate & Francis, Patent Law ... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٥٨٤ – ٥٨٦.

(٨٩) أنظر:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٥٤ – ١٥٥.
أنظر أيضا:
Milgrim, Trade Secrets ... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثانى فى ص ٦٠. وأنظر أيضا:
James Sheridan, Attorney's Guide to ...... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٨.

(٩٠) أنظر:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How .... المرجع السابق، فى ص ١٥٥.

(٩١) أنظر:

=

يحرمه أثناء نظر هذا الطلب، من الحماية التى يخولها قانون الأسرار التجارية، وفقا لقوانين الولايات State Laws ، وفى ظل مبادئ الشريعة العامة Common Law .

ولكن إذا كانت السرية تستمر أثناء طلب البراءة، فإنها تنتهى بمجرد إصدار قرار ايجابى بشمول الاختراع بالبراءة كما سنرى. أما إذا صدر قرار سلبى من مكتب البراءات بعدم أحقية الطالب فى الحصول على براءة اختراع، فقام الطالب بالتظلم من هذا القرار إلى محكمة براءات الاختراع Court of Appeal. for Customs and Patents فإن الحكم الصادر من هذه المحكمة أيا كان مضمونه، سواء بتأييد القرار السلبى أو بإلغائه، يؤدى على سبيل الحتم إلى القضاء على سرية المعلومات الواردة فى طلب البراءة، لأنه حكم قضائى، يتعين نشره، ويمكن لأى شخص الإطلاع عليه. ومن ثم يفقد الطالب فى هذه الحالة الحماية التى يخولها قانون الأسرار التجارية (٩٢). ولكن إذا لم يتظلم الطالب من القرار السلبى، ففى هذه الحالة يمكنه الاستمرار فى حماية المعلومات الواردة فى الطلب تحت مظلة الأسرار التجارية. ومع ذلك إذا تقدم بعد فترة بطلب ثان عن ذات الاختراع، ففى هذه الحالة، وطبقا لقانون براءات الاختراع الأمريكى، فإنه يجوز لأى شخص الإطلاع على هذا

= ... Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الثانى، الفصل الثانى، فى ص ٦٢. وأنظر أيضا: .... Choate & Francis, Patent Law المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ٥٨٥.

(٩٢) أنظر:

.... Dessemontet, The Legal Protection of Know - How المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٥٦.

الطلب الثانى؛ وعليه، تنكشف سرية الاختراع وتضيع الحماية، حتى تلك الناشئة عن مبادئ الشريعة العامة فى ظل قوانين الولايات [٩٣].

الحالة الثانية: صدور براءة الاختراع Grant of Patent

القاعدة العامة هى أن صدور براءة الاختراع عن الاختراع أو المعرفة التى كانت يوما ما مغطاة بحماية قانون الأسرار التجارية يؤدى تلقائيا إلى زوال هذه الحماية [٩٤]. فصدور البراءة يفصح عن نية المخترع فى الكشف عن أسرار اختراعه للكافة، وبالتالى لا يمكن بعدئذ حمايته كمعرفة فنية لفقدانه شرط السرية؛ إذ بصدور البراءة تنشر جميع التفصيلات الخاصة بالاختراع [٩٥].

ويقتضى قانون براءات الاختراع الأمريكى من المخترع أن يكشف بدقة عن الوصف الكامل للإختراع، وأن يقوم بشرح كاف له، حتى يتمكن أى شخص من القيام بانتاج الاختراع محل البراءة، وفقا لما ورد فى البراءة ذاتها [٩٦]. والواقع إن عدم انصياع المخترع مع متطلبات الكشف الكامل عن

(٩٣) أنظر فى ذلك:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ... المرجع السابق، فى ص ١٥٥.

(٩٤) أنظر فى ذلك:
Milgrim, Trade Secrets ..... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ٦٠.
Sheridan, Attorney's Guide to Trade Secrets ... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٨.

(٩٥) أنظر : ... Milgrim, Trade Secrets السابق الإشارة إليه، فى ص ٥٦.

(٩٦) أنظر فى ذلك بصفة خاصة:
Choate & Francis, Patent Law .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٤١٠، وما بعدها.

اختراعه لا يؤدى فقط إلى امكان خسارة الحماية التى تخولها البراءة، ولكن ايضا الحماية التى قد تكون ثابتة للمخترع تحت مظلة الأسرار التجارية وذلك لعدم احترامه متطلبات قانون البراءات بإعتباره قانونا فيدراليا.

ومع ذلك فإن هناك بعض الأحكام الأمريكية التى تصر على مد حماية الاختراع، حتى بعد صدور البراءة، بإعتباره معرفة فنية ما زالت تتوفر على قدر من السرية. وتذهب هذه الأحكام فى مجموعها إلى أنه على الرغم من أن القانون الفيدرالى قد ألزم المخترع بإعطاء الكشف التفصيلى للاختراع والكشف عنه بدقة، إلا أن الواقع العملى يجعل من الصعب جدا تقصى ذلك بأسلوب منضبط، وذلك على الرغم من أن مكتب البراءات الأمريكى يخضع الاختراع للفحص الموضوعى وليس فقط للفحص الشكلى، وذلك بسبب الصعوبة الناشئة عن حصر الوثائق والمعلومات المرتبطة بالاختراع وتجميعها. على أن هذه حجة واهية، وذلك بعد إدخال نظم تجميع المعلومات والطرق الوثائقية الحديثة، وفوق كل ذلك إدخال نظام الحاسب الآلى فى مكتب براءات الاختراع (٩٧). كما ذهبت بعض الأحكام إلى أن سرية الاختراع قد لا تزول حتى بعد صدور البراءة، على الرغم من تطلب القانون الفيدرالى تقديم وصف تفصيلى عن الاختراع، وذلك، فى رأيهم، على أساس أن العمل فى محكمة براءات الاختراع قد جرئ لفترة معينة، على

(٩٧) أنظر فى عرض هذه الحجة والرد عليها:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How... المشار إليه سابقا، فى ص ١٥٨. وأنظر أيضا الأحكام القضائية الكثيرة التى أشار إليها هذا المؤلف فى هامش (٣٠٨) فى ذات الصفحة المشار إليها. وأنظر فى الكيفية التى يتم بها فحص الاختراع فى مكتب البراءات الأمريكى U.S. Patent office :

Choate & Francis, Patent Law .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٥٨٤، وما بعدها.

عدم تطلب الكشف عن الطريقة المثلى لوضع الاختراع موضع التنفيذ، وبالتالى يحتفظ المخترع بهذه الطريقة فى طى الكتمان باعتبارها من الأسرار التجارية (٩٨). والواقع أن هذا الرأى مردود عليه بأن قانون البراءات الفيدرالى تطلب من المخترع الكشف بأمانة وبصدق عن طرق تنفيذ الاختراع، وهذا يقتضى بذاته إعلانه عن الطريقة المثلى لذلك؛ وعلاوة على ما تقدم، فإن محاكم العدالة تتطلب لكى تمد الحماية الناشئة عن الأسرار التجارية أن يكون المدعى بالحماية حسن النية، ولا شك أن كتمان المخترع للتطبيق الأمثل للاختراع يعتبر من قبيل الغش نحو القانون والذى ينزع عنه وصف حسن النية (٩٩).

فصدور براءة الاختراع يؤدى، كقاعدة عامة، إلى انقضاء حماية المعرفة الفنية المرتكزة على قانون الأسرار التجارية (١٠٠). ويترتب على ذلك أنه إذا وجدت عدة مشروعات مختلفة، يقوم كل منها بإستعمال

---

(٩٨) ومن هذه الأحكام:

Bentonm v. Ward, 59 F. 411 (1894, MD Iowa ED); Schavoir v. American Rebonded Leather Co., 133 A 582 (1926 Conn.).

هذين الحكمين مشار إليهما فى مؤلف Dessemcntet ، السابق الإشارة إليه، فى ص ١٥٨، هامش (٣٠٩).

(٩٩) أنظر Dessemontet ، المرجع السابق فى ص ص ١٥٨ - ١٥٩.

(١٠٠) أنظر فى معنى قريب:

Milgrim, Trade Secrets ...... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ص ٦٨ - ٦٩. وأنظر أيضا مؤلف Turner فى قانون الأسرار التجارية، حيث يقول:

"The patent publishes so much as it discloses; the courts often refer to the dedication to the public involved in the issuance of a patent, but the act is no more and no less cogent as a publication of secrets than any other equally effective method of publication. It is of course the publication of the patent that is material fact; the date of the application is of no materiality".

أنظر Turner ، المرجع السابق فى ص ص ٤٣٨ - ٤٣٩.

واستغلال نفس المعرفة الفنية التى تم اكتشافها وتطويرها بطرق مستقلة تماما، فإن حصول أحدها على براءة اختراع عن ذات المعرفة الفنية يؤدى إلى حرمان المشروعات الأخرى من الاستمرار فى الاستعمال والاستغلال بما تضفيه البراءة على المخترع من حق احتكار واستئثار (١٠١).

على أن صدور براءة الاختراع لا ينبغى أن يقضى كلية على حماية المعرفة الفنية التى قد ترتبط بالاختراع، فمثلا، وكما ذكرنا من قبل، فإن المعلومات التجارية trade information المرتبطة بكيفية استغلال الاختراع قد تعتبر من قبيل المعرفة الفنية الجديرة بالحماية، ومن ثم تستمر حمايتها باعتبارها معلومات سرية خاصة بالمخترع، على الرغم من ذيوع وانتشار الابتكار محل البراءة. كذلك قد يعتبر من قبيل المعارف الفنية الطرق الجديدة لاستعمال الاختراع ذاته، والتى قد يتوصل إليها المخترع بعد إصدار البراءة. بل إن بعض الأحكام القضائية الأمريكية ذهبت إلى استمرار حماية الاختراع بإعتباره معرفة فنية، حتى بعد صدور البراءة، وذلك إذا كان المخترع قد قام بالترخيص إلى الغير باستعمالها قبل صدور البراءة (١٠٢). وأساس هذا الحل، أنه على الرغم من ذيوع عناصر الاختراع

---

(١٠١) أنظر فى معنى قريب: Milgrim ، المرجع السابق، فى ص ٥٨.

(١٠٢) ولعل أشهر حكم فى هذا المضمار الحكم الصادر فى قضية Shellmar ، أنظر:
Shellmar Prod. Co. v. Allen Qualley Co. 87 F. 2d 104 (7th Cir. 1936).
ولقد جاء فى هذا الحكم ما يلى:

"The findings upon which the original decree was based were that the wrap, process and machine were Allen Qualley's trade secrets, that they had been disclosed to appelant in confidence; and that it had violated that confidence ..... that relationship remains the same, and we think it is unaffected by Allen - Qualley's assignment ... the court will not presume that Allen - Qualley did not still retain a very real and valuable interest in its trade secrets, as against appellant, which could be preserved and protected only by a continuation of

فى البراءة، إلا أن المعرفة الفنية قد تم نقلها فى هذه الحالة بناء على عقد ترخيص معين، مما يؤدى إلى إنشاء علاقة ثقة خاصة بين المرخص والمرخص له، وأنه ينبغى استمرار هذه العلاقة، حتى بعد صدور البراءة، حتى لا يضار المخترع بمجرد حصوله عليها [١٠٣]. ويترتب على ذلك أن المرخص له فى هذه الحالة يلتزم بدفع مقابل للتكنولوجيا Royalities بإعتبارها معلومات سرية (معرفة فنية)، وليس بإعتبارها براءة اختراع مرخص بها، وعادة ما يكون هذا المقابل أعلى فى الحالة الأولى. والواقع إن هذه الطائفة من الأحكام تبالغ إلى أقصى الحدود فى حماية مالك المعرفة الفنية، مما يترتب عليه إهدار الأهداف التى يسعى نظام براءات الاختراع إلى تحقيقها من كشف الاختراع للمجتمع بأسره، كما قد يؤدى ذلك أيضا إلى التزام المرخص له بدفع نفقات لتكنولوجيا أصبحت فى الدومين العام وذلك عند انتهاء مدة البراءة [١٠٤].

هناك إذا تناقض بين الفلسفة التى تقوم عليها الحماية المؤسسة على براءة الاختراع، وتلك المؤسسة على الاستئثار الفعلى لسرية المعرفة الفنية أو ما تعرف فى القانون الأمريكى بالحماية المرتكزة على قانون الأسرار التجارية Trade Secrets Law . فصدور البراءة يعنى إفشاء سر الاختراع،

= the injunctive decree ...... to hold otherwise would permit applellant to profit by its own wrong. We are dealing here not with Allen. Quallcy's right against the world, but with that company's right against applellant".

أنظر الحكم السابق فى ص ص ١٠٩ - ١١٠.

(١٠٣) أنظر فى هذا المعنى، الحكم السابق فى ص ١١٠.

(١٠٤) أنظر فى تفصيل هذه الانتقادات.

Dessemontet, the Legal Protection of Know - How ... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٦٥ - ١٦٦، وأيضا فى ص ص ١٧٠ - ١٨٠.

لأنها تتضمن وصفا تفصيليا له؛ أما الحماية التى يضفيها قانون الأسرار التجارية على المعرفة الفنية فمردها سريتها، فإن زالت السرية عن هذه المعرفة، ارتفعت الحماية عنها.

وإذا كانت المشروعات الحائزة للمعرفة الفنية تسعى إلى حمايتها بالاستئثار بها خارج نظام براءات الاختراع، إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة فى أحوال معينة. من ذلك مثلا إذا كانت المعرفة الفنية تكمن فى ذات المنتج، إذ أن من شأن بيع هذا المنتج فى شكله النهائى والمتكامل Sale of finished producty تمكين الغير من المنافسين من التعرف بسهولة على طريقة صنعه أو تركيبه، وذلك بتحليل عناصر المنتج عن طريق ما يسمى بأسلوب Riverse Engineering (١٠٥). ومن ثم فإن بعض خبراء الملكية الصناعية يرون أنه من الأنسب فى هذه الحالة المبادرة إلى حماية المنتج ببراءة اختراع، إذا توافرت شروط الحصول عليها، وذلك قبل طرحه فى السوق، إذ أن دخول المنتج السوق يجعله مفتقدا لشرط الجدة اللازم توفره فى الاختراع (١٠٦). بيد أن طرح المنتج فى السوق، دون الحصول على براءة اختراع عنه، لا يؤدى بذاته Per se إلى إهدار سرية المعرفة الفنية، لأن الكشف عن هذه السرية يقتضى من المشروعات المنافسة بذل الجهد والمال والوقت فى سبيل تحليل المنتج للتوصل إلى التكنولوجيا التى يحتوى

---

(١٠٥) أنظر:

Milgrim, Trade Secrets ... المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ص ٣٦ – ٣٨. وقارب Turner ، فى مؤلفه عن قانون الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٨ – ٢٩.

(١٠٦) أنظر فى معنى قريب، Milgrim ، السابق الإشارة إليه، فى ص ٣٧ – ٣٨.

عليهـا (١٠٧). وانطـلاقا من ذلك فقد يرى صاحب المنتج التكنولوجـى الإبقـاء على سريـة منتجـه وعـدم الحصـول علـى طلـب بـراءة اختـراع، طالمـا كـان مقدرا أن المنافسين لـن يتوصلـوا بسـهولة إلـى المعـرفة الفنيـة الكامنـة فيـه؛ وواضح أن الباعث على الإبقـاء على السريـة فى هذه الحـالة هـو الأمـل فـى امتداد الاحتكار الفعلى لتكنولوجيا المنتج لفترة أطول مـن تلك التـى تخولهـا البراءة؛ وقد يتحقق هذا الأمل بالفعل إذا كانت المعـرفـة الفنيـة التى يحتويهـا المنتج على درجـة عـاليـة من التقدم بحيث يصـعب علـى المنافسـين اكتشـافها فى فترة وجيزة. وعلـى أى الأحـوال، فالأمر لا يخـلو مـن مجازفـة من جانب حائز المعـرفة الفنيـة، ولا شـك أن اختيـاره أسـلوب الحمايـة فـى هـذه الحالـة يعـتمد بشـكل جوهـرى علـى خبـرته ووضعـه فـى السـوق وعلـى تقديـره لمنافسيـه.

وإذا كانت الشكوك تثور حول جدوى فعـاليـة حماية تكنولوجيـا المنتـج خـارج نظـام بـراءات الاختـراع، فـإن هـذه الشـكوك تكـاد تختفـى إذا كـانت المعـرفـة الفنيـة فى شكل ماكينـة أو آلـة أو وسيلـة صـناعيـة يسـتخدمها حـائز التكنولوجيـا فى مصـنعـه أو فى مشروعـه. إذ يمكـن القول بأنـه طالمـا حـافظ صاحب المشروع على سريـة تكنولوجيـا الآلـة أو الوسيلة، فإن هذا يمكنـه من التمتع باستئثار فعلى (١٠٨). ومع ذلك، فإن الخطـر ليس بعيدا حتـى فـى هـذه الحـالة، إذ قد يستطيع مشروع منافس أو أكثر التوصـل - بطريقـة مسـتقلة -

---

(١٠٧) أنظر فى شرح ذلك:
Milgrim, Trade Secretes ... المرجـع السابق فى ص ص ٤٥ - ٥٣. أنظر أيضـا Dessemontet ، المرجع السابق فى ص ١٤٦.

(١٠٨) أنظـر فى شرح ذلك:
Turner, The Law of Trade Secrets. فى ص ص ٢٤ - ٢٥.

إلى نفس التكنولوجيا، وهنا يجد المنتج الأول للتكنولوجيا نفسه أمام عدة منافسين في السوق كل منهم يستغل المعرفة الفنية التي تم التوصل إليها بطريقة سرية، ولا يستطيع منع أي منهم من ذلك (١٠٩). بل إن الأمر قد يكون أخطر من ذلك على المنتج الأول للتكنولوجيا وذلك فيما إذا قام المنتج الثاني لنفس التكنولوجيا بطلب براءة اختراع، وصدورها بالفعل؛ في هذا الفرض الأخير، لا شك أن صاحب براءة الاختراع يستطيع أن يمنع المنتج الأصلي للتكنولوجيا من استغلال المعرفة الفنية التي بحوزته والتي أبقاها سرا وحجبها عن المجتمع.

وإذا كانت هناك بعض المخاطر التي تحف بسرية المعرفة الفنية حتى عند قيام منتج التكنولوجيا باستغلالها بنفسه واستخدامها في محيط مشروعه، فإن هذه المخاطر، لا ريب، تزداد عند القيام بالترخيص للغير في استخدامها أو استغلالها. صحيح إن منتج التكنولوجيا، لا تكون لديه عند القيام بالترخيص للغير بالاستغلال أي نية لفضح سرية المعرفة الفنية خارج نطاق عقد الترخيص أو الكشف عنها للمجتمع، إلا أن تعدد الترخيص بالاستغلال لأكثر من مشروع يزيد من فرص تسرب المعرفة الفنية، كأن تتسرب من خلال بعض عمال أحد المشروعات المرخص لها. هنا يحدث تسرب للمعرفة الفنية وكشف لسريتها على الرغم من اتخاذ صاحبها الأصلي كافة التدابير لمنع حصول ذلك.

---

(١٠٩) أنظر في عدم اتخاذ الاحتياطات التي تؤدي إلى هدم السرية: Dessemontet المرجع المشار إليه سابقا، في ص ص ١٣٧ - ١٣٩.

ومع هذا، فقد يضطر المنتج الأصلى للتكنولوجيا إلى الترخيص إلى الغير باستخدامها أو استغلالها لعدم قدرته المادية مثلا على القيام بذلك بمفرده، أو لأنه يرى أنه قد يجنى أرباحا طائلة من وراء عقود الترخيص(١١٠). والحقيقة أن منتج التكنولوجيا يكون فى حسبانه وهو يقوم بالترخيص للغير امكان حصول تسربها، ومع هذا يمضى قدما فى عمليات الترخيص، لأنه يجنى عائدا ضخما يكون ثمنا عادلا لما يحوزه من معارف تكنولوجية، حتى ولو أصبحت هذه المعارف - على المدى البعيد - ذائعة بين المشتغلين فى الفن الصناعى، مفتقدة بذلك الحماية المستندة إلى السرية (١١١).

والواقع إن خطر افتضاح سرية المعرفة الفنية لا يقتصر على الأحوال السابقة، بل ينبسط أيضا على كل فرض من شأنه اتصال علم أى شخص سواء من داخل المشروع أو من خارجه بالأسرار التكنولوجية. ومن أهم هذه الفروض العلاقة التى قد تربط المشروعات الكبرى، بإعتبارها

---

(١١٠) أنظر فى معنى قريب:
Patrick Hearn, The Business of Industrial Licensing ..... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٠٤ - ١-٥.
أنظر أيضا:
James Pooly, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٨، وما بعدها.
وفى الترخيص فى استخدام المعرفة الفنية أنظر بصفة عامة:
L. Melville, Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licening (Second ed. 1972).
وبصفة خاصة (الفصل الأول Chapter I)، فى ص ١، وما بعدها.

(١١١) أنظر فى نفس المعنى:
Turner, The Law of Trade Secrets ...... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣١.
أنظر أيضا:
Dessemontet, The Legal Protection .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٥١.

منتجة للتكنولوجيا Manufactures ، ببعض المشروعات الأخرى المستقلة والتى تقدم بعض الخدمات المحددة لها، وهذه الأخيرة تعرف باصطلاح Independent Contractors [١١٢]؛ ومن ذلك مثلا، اعتماد مشروع متخصص فى إنتاج نوع معين من الأجهزة الطبية على العديد من المشروعات الأخرى الأصغر حجما والتى قد تنتج لصالحه بعض أنواع القطع أو الأجزاء اللازمة لهذه الأجهزة. فى هذا الفرض لا شك أن المتعاقد مقدم الخدمة سوف يطلع على جانب من الأسرار التكنولوجية التى يحتفظ بها المشروع المنتج. ومن هذه الفروض أيضا، حالة اعتماد منتج التكنولوجيا على بعض الوكالات أو المندوبين المتخصصين فى القيام بعمليات التسويق والبيع وهؤلاء يطلق عليهم اصطلاح Sales Agents [١١٣]، حيث قد تقتضى طبيعة العلاقة الإفصاح لهؤلاء الأشخاص عن الجوانب الخفية للتكنولوجيا. ولعل من أهم الفروض التى تظهر فيها ضرورة الحماية حالة اتصال علم من يعملون داخل المشروع بالأسرار التكنولوجية.

فى كل الفروض السابقة، وغيرها، تظهر الحاجة الماسة إلى وسيلة معينة يتمكن بها المشروع من حماية ما يحوز، من معارف فنية من خطر التسرب وإفشائها، بما يؤدى إلى ضياع استئثاره واحتكاره لها. ولعل العقد

---

(١١٢) أنظر فى تفصيل ذلك:

Milgrim, Trade Secrets ...... المرجع المشار إليه سابقا، فى الجزء الأول، الفصل الخامس، فى ص ص ٥٣ – ٦٢.

(١١٣) أنظر فى تفصيل ذلك:

Milgrim, Trade Secrets ..... المرجع السابق، الجزء الأول، الفصل الخامس فى ص ص ٦٧ – ٧٠.

هو أبرز وسائل الحماية التى تمكن منتج التكنولوجيا من حراسة معارفه الفنية من التسرب، وذلك بتضمين عقوده مع الآخرين شرطا صريحا يقضى بالحفاظ على السرية.

(٢) - الشرط الصريح بالحفاظ على سرية المعرفة الفنية:

دفعا لأى شك حول حماية سرية المعارف الفنية، فإن المشروعات الحائزة لها عادة ما تسعى، عند الدخول فى اتفاقات معينة تتضمن خطر افتضاح هذه السرية، إلى وضع شرط صريح فى هذه الاتفاقات يقضى بالالتزام بالحفاظ على السرية فى إطار العلاقة التعاقدية (١١٤). ويتخذ الشرط الصريح بالالتزام بالسرية أشكالا مختلفة حسب طبيعة العلاقة التى تربط المشروع الحائز للمعرفة الفنية بغيره من الأشخاص أو المشروعات الأخرى.

فإذا كانت العلاقة هى عبارة عن رابطة عمل تربط المشروع مالك المعرفة الفنية بالعاملين فيه، فإن الشرط الصريح بالالتزام بالسرية قد يأخذ أحد شكلين: فهو من ناحية أولى، قد يكون اتفاقا بعدم إفشاء السرية أو ما يطلق عليه Non-Disclosure Agreement سواء كان ذلك بوضع شرط فى عقد العمل ذاته، أو بوثيقة مستقلة تلحق بهذا العقد (١١٥). وعادة ما

---

(١١٤) أنظر فى تفصيل مزايا الاتفاق على الشرط الصريح بالالتزام بسرية المعرفة الفنية:

Milgrim, Trade Secrets ..... المرجع السابق، الجزء الأول، الفصل الثالث، فى ص ص ٧ - ٥٣.

(١١٥) وفى هذا الموضوع أنظر بصفة خاصة:

P. Jerome Richey & M. J. Bosik, Trade Secrets and Restrictive Covenants, Vol 4 The Labor Lawyer 21 - 34 (1988).

يكـون للمشروع مـالك المعـارف التكنولوجيـة اليد العـليا فـى اتخـاذ الشـكل الأنسب له. ومن شأن هذا الاتفاق إلزام العـامل بعـدم استعمال المعـرفة الفنية بأى وجـه من شأنه فضـح سريتها إلى الغـير. وعـادة مـا تسـتلزم الشـركات الكبرى قيـام العـامل بالتوقيـع على هذا الاتفاق (١١٦). ومن ناحيـة أخرى، فقـد يأخـذ الشرط الصريح بالالتزام بالسرية شـكل مـا يطلـق عليـه الاتفـاق بعـدم المنافسـة The Covenant not to Compete ، ومضمونـة التزام العـامل بعـدم الدخـول فى أى عـلاقة عمل مع شركـة منافسـة أخرى بعـد انتهاء عقده الأول مع الشركـة مالكـة المعرفـة الفنيـة (١١٧). ومع أن مثل هذا الاتفاق يلقـى معـارضة شديدة من بعض الفقهاء كما أن بعـض القوانيـن الانجلوسكسـونية تبطله، كقاعدة عـامة، بإعتبـاره يمثل قيـودا شديدة علـى العـامل فـى كسـب قوتـه، إلا أن القاعـدة فـى القـانون والقضـاء الأمريكـى هـى صحـة هـذا الاتفاق، والاستثناء هو بطلانـه (١١٨). وأساس هذا الحـل فى القانون الأمريكـى

= وبصفة خاصة فى ص ص ٢٧ - ٣٢.
أنظر أيضـا:
Arthur Seidel, what the General Practitioner should know about Trade Secrets and Employment Agreements ....
أنظر أيضـا: ... Daniel Kane, Trade Secrets To day المرجع المشـار إليـه سـابقا، فى ص ص ٨١ - ٨٢.

(١١٦) أنظر فى هذا المعنى:
Milgrim, Trade Secrets ..... المرجع المشـار إليـه سـابقا، الجزء الأول، الفصل الثالث، فى ص ص ٦٨ - ٦٩.

(١١٧) أنظر بصفـة خاصـة حول تفصيل هذا الموضوع:
E. Frank Corneluis, Michigan's Law of Trade Secrets and Covenants Not Compete . المرجـع المشار إليـه سابقـا فى ص ص ٣٤ - ٤٧.

(١١٨) أنظر حول آراء المعـارضين وآراء المؤيـدين للاتفاقات التـى تلزم العـامل بعـدم الالتحاق بوظيفـة أخرى فى مشروع منافس:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ......
المرجع المشـار إليـه سابقـا، فى ص ص ٦٩ - ٧٦.
وأنظر فى مناقشة مدى صحـة هذه الاتفاقات فى القانون والقضـاء الانجليزى:

هو أنه إذا كان مثل هذا الاتفاق من شأنه الحد من قدرة العامل على العمل، إلا أن السماح له بالالتحاق بوظيفة فى مشروع آخر منافس قد يكون سببا مباشرا فى التدمير المالى للمشروع الأول منتج التكنولوجيا بسبب تسرب المعرفة الفنية التى قد تعتبر جوهر هذا المشروع (١١٩).

وتزداد أهمية الشرط التعاقدى الصريح بالالتزام بعدم إفشاء سرية المعرفة خارج نطاق علاقات العمل، أى فى العلاقة بين المشروعات المالكة للمعارف الفنية وغيرها من المشروعات الأخرى التى قد ترتبط بها بروابط مختلفة كالترخيص بالاستعمال أو البيع أو التأجير. من ذلك مثلا، أنه فى عقد البيع الايجارى Leasing ، فإن المؤجر مالك المعرفة الفنية التى قد تتجسد فى صورة ماكينات أو معدات معينة، قد يضع شرطا فى هذا العقد بإلزام المستأجر بالكتمان، وهذا الشرط يعرف اصطلاحا باسم Black - Box Agreement ، وذلك لأن المستأجر يرتضى ألا يخترق سرية المكونات السرية للمعدات المسلمة إليه، بل إنه إذا حصل واكتشف المستأجر بمحض الصدفة أسرار المعرفة الفنية الكامنة فى هذه الآلات أو المعدات، فعليه طبقا

Turner, The Law of Trade Secrets ...... المرجع المشار إليه، وبصفة خاصة فى ص ص ١١٥ – ١١٦، وأيضا فى ص ص ١٥٦ – ١٥٩.
وأنظر فى مدى صحة هذه الاتفاقات فى القانون والقضاء الأمريكى، Milgrim, Trade Secrets .... المرجع المشار إليه سابقا ..، الجزء الأول، الفصل الثالث، فى ص ص ٦٩ – ٧٢. حيث يستخلص هذا المؤلف من أحكام القضاء الأمريكى، أن هذا الاتفاق صحيح بشرط أن يكون معقولا ومناسبا، سواء من حيث المكان أو الزمان.

(١١٩) أنظر فى ذلك:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ....
المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٧٣ – ٧٦، وبالذات فى ص ٧٣.

للشرط الصريح المنصوص عليه فى عقد الإيجار ألا يستخدمها خارج نطاق العقد وأن يحتفظ بسريتها. وهذا الشرط صحيح فى القانون الأمريكى (١٢٠).

ومن الأحوال أيضا التى يحرص فيها مالك المعرفة الفنية على وضع شرط صريح بالحفاظ على سريتها تلك الحالات التى يرتبط فيها مع مشروعات أخرى بعقود معينة لصيانة المعدات أو الآلات المستخدمة داخل المشروع، وكذلك ارتباطه ببعض الشركات الأخرى التى تقدم للمشروع جانبا من الخدمات مثل الاستشارات الهندسية أو التسويق، أو تلك المشروعات أو الهيئات التى تقوم بالأبحاث لصالح المشروع المنتج للتكنولوجيا (١٢١). ومن الأمثلة أيضا على أهمية وضع شرط صحيح بالحفاظ على سرية المعرفة الفنية حالة الاندماج بين الشركات، حيث عادة ما تقوم الشركة الدامجة بالنص فى عقد الدمج على التزام الشركاء والعاملين فى الشركة المندمجة، والتى ذابت شخصيتها المعنوية، بعدم إفشاء الأسرار التكنولوجية التى كانت يوما ما ملكا للشركة المندمجة (١٢٢). كما يحرص المشروع المالك للمعرفة الفنية على تضمين عقد الترخيص Licensing Agreement شرطا صريحا يملى على المرخص له وعلى العاملين لديه التزاما بالسرية، حتى بعد انتهاء مدة عقد الترخيص ذاته. بل إن المرخص - زيادة فى الحيطة - قد يفرض الالتزام بالسرية بشرط صريح على مجموع المعارف الفنية المرخص بها،

(١٢٠) المرجع السابق، فى ص ص ٣١١ - ٣١٢.
(١٢١) المرجع السابق فى ص ٣١٢.
(١٢٢) المرجع السابق، فى ص ٣١١.

حتى ولو كان بعض مكوناتها أو بعض عناصرها أصبحت ذائعة، وذلك منعا من تسرب الجزء الذى ما زال محميا عن طريق السرية (١٢٣).

والخلاصة، أن المعرفة الفنية، بإعتبارها مجموعة من المعلومات التقنية والصناعية والإدارية والتنظيمية، يتعين أن تتوفر على قدر من الجدة أو الأصالة، وإن كان مفهوم الجدة مختلفا عن ذلك المفهوم السائد فى مجال براءات الاختراع، فكل ما يقصد به أن تتوفر هذه المعلومات على قدر من الأصالة بما يمثل اكتشافا يعطى صاحبه ميزة تنافسية فى مواجهة منافسيه. كما يتعين أن تكون هذه المعرفة سرية. فالمعلومات غير السرية لا يمكن حمايتها فى ظل مبادئ الشريعة العامة. على أن اتصاف المعرفة الفنية بالسرية لا يحول دون قيام مالكها باستغلالها؛ كل ما هناك، أنه ينبغى عليه اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بصيانة السرية، وإلا أدى ذلك إلى فقدانه لحقه على المعرفة الفنية. وفى سبيل تأكيد هذه الحماية، عادة ما يضع المالك شرطا صريحا فى عقود الترخيص أو عقود العمل أو غيرها بالزام من يتصل علمه بها بالمحافظة على السرية. أما خارج نطاق العلاقات التعاقدية أو علاقات الثقة، فإن حق الملكية يكون هو الأساس الأول للحماية على نحو ما سوف نرى فى المطلب الثانى من هذا البحث.

---

(١٢٣) أنظر Dessemontet المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٣١٣ - ٣١٤.

المطلب الثانى
الطبيعة القانونية للمعرفة الفنية فى القانون الأمريكى

تمهيد:

لا تتردد المحاكم الأمريكية فى إضفاء الحماية القانونية على المعرفة الفنية، حتى فى ظل غياب أى اتفاق معين أو علاقة ثقة تلزم المتلقى بالحفاظ على سريتها أو عدم استعمالها خارج هذه الحدود بين المالك الأصلى وشخص المتلقى. وتذهب الأغلبية الساحقة من الأحكام القضائية الأمريكية - يؤيدها فى ذلك الجانب الأكبر من الفقه - إلى تأسيس حماية المعرفة الفنية فى هذه الحالة بناء على حق الملكية. فالاعتداء على المعرفة الفنية يشكل اعتداء على الملكية، باعتبارها حقا عينيا.

فالمعرفة الفنية، فى القانون الأمريكى، هى حق عينى وفقا للمفهوم الضيق لهذا الاصطلاح. ولعل الكثيرين من فقهاء الشريعة اللاتينية يرون فى ذلك أمرا غريبا، بل ومن الخطأ إمكان تصور اعتبار المعرفة الفنية من الحقوق العينية، وذلك على أساس أن الحق العينى إنما يخول صاحبه سلطة الاستئثار بشئ ما، بحيث لا يشاركه فى الاختصاص به أشخاص آخرون، "ولذلك لا يتصور أن يثبت لشخصين مختلفين فى نفس الوقت حق ملكية كلى كامل لكل منهما على نفس الشئ" (١٢٤). وهذه الفكرة لحق الملكية تتنافى مع إضفاء الحق العينى على المعرفة الفنية، لأن هذه الأخيرة تسمح بتعاصر ملكية عدة أشخاص على ذات المعرفة الفنية وممارسة جميع سلطات

---

(١٢٤) أنظر الدكتور حسن كيره، الموجز فى القانون المدنى، الحقوق العينية الأصلية (منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٧٥) فى ص ٦٥.

المالك عليها، طالما أن كلا منهم قد توصل إليها بطريقة مستقلة. أضف إلى ذلك، أن اعتبار المعرفة الفنية من الحقوق العينية يتعارض مع فكرة دوام حق الملكية أى كونها حقا مطلقا من حيث مدة البقاء، وأن يظل دائم الوجود، ولو تغير أشخاص الملاك، ولا ينقضى إلا عند هلاك الشئ نفسه محل الحق (١٢٥). وفكرة الملكية من هذا المنظور تتناقض مع مفهوم المعرفة الفنية. فهذه الأخيرة تتسم بالسرية، فإن بقيت سرا، كان لصاحبها الاستمتاع بحقوق المالك، ولكن إذا توصل إليها شخص آخر وحصل على براءة اختراع عنها؛ ففى هذه الحالة نجد أن محل المعرفة ما زال موجودا لدى المبتكر، ولكنه سلب ممارسه حقوقه عليها عند صدور البراءة للشخص الثانى، وبالتالى فالمعرفة الفنية حق غير دائم.

على أنه قبل الرد على الحجج السابقة، وقبل البدء فى مناقشة مدى اعتبار المعرفة الفنية حقا من حقوق الملكية وفقا لهذا الاصطلاح بمعناه الضيق فى القانون الأمريكى، فمن المناسب إلقاء الضوء على أمرين هامين: فمن ناحية أولى، فإن حماية المعرفة الفنية فى القانون الأمريكى هى حماية مستمدة من مبادئ الشريعة العامة Common Law ، أى أنها حماية خارج النطاق الفيدرالى، أى فى ظل قوانين الولايات المختلفة، وطبقا لقواعد العدالة equity rules. ومن المسلم به فى هذا المجال "أن قضاة محاكم العدالة لهم الحرية فى الاعتراف بأنواع جديدة من الملكية، طبقا لقواعد العدالة، وليس هناك شروط محددة أو مقيدة على حريتهم فى تقرير ذلك سواء بالنسبة

(١٢٥) أنظر فى خصائص حق الملكية بإعتباره حقا عينيا، الدكتور حسن كيره، المرجع السابق فى ص ص ٦٣ – ٧٢.

لموضوع الحق، أو بالنسبة لتلك السلطات التى يخولها الحق للمالك"[١٢٦].
ومن ناحية أخرى، فإن اصطلاح الملكية فى القانون الأمريكى أكثر اتساعا مما تعرفه الشريعة اللاتينية، فهو قد يشير إلى أى مال ذى قيمة معينة، سواء كان هذا المال ينصب على شئ ما in rem ، أو كان يتمثل فى مصلحة شخصية أو رابطة اقتضاء من شخص ما in personam [١٢٧]. على أن الجانب الأكبر من الفقه اللاتينى يرفض بشدة إدخال الحقوق الشخصية فى مضمون حق الملكية باعتبارها حقا عينيا، [١٢٨] وكل ما هناك أن الحق على المعرفة يخول صاحبه فرض التزامات معينة فى مواجهة أشخاص معينين، هم هؤلاء الذين يلتزمون بالسرية، أو هؤلاء الذين حصلوا عليها بطريق الاستيلاء أو الغش.

ومع هذا يبقى القول بأن الاعتراف بالحق فى ملكية المعرفة الفنية أصبح من الأمور التى يكاد يسلم بها القضاء الأمريكى الحديث، ويتبعه فى ذلك أغلبية الفقه الانجلوسكسونى. وفيما يلى سنحاول إيضاح مدى الاعتراف بحق ملكية المعرفة فى القانون الأمريكى، وفقا لقواعد الشريعة العامة باعتبارها مجموعة القواعد التى تضفى الحماية المدنية عليها. ثم نقوم بإيضاح أن المعرفة الفنية – من وجهة نظر الحماية الجنائية – يمكن أن تصبح محلا للملكية طبقا للقانون الفيدرالى، وبعض قوانين الولايات.

---

(١٢٦) انظر:
Dessemontet, The Protection of Know - How .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٣٢٧ – ٣٢٨.
(١٢٧) المرجع السابق فى ص ٣٢٨.
(١٢٨) أنظر فى التفرقة التقليدية بين الحق العينى والحق الشخصى، وأيضا فى محاولة التقريب بينهما وانتقادها، أنظر الدكتور حسن كيرة، المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ص ١٢ – ١٨.

أولا - مضمون حق الملكية فى المعرفة الفنية طبقا لمبادئ الشريعة العامة Common Law Principles

(أ) الجدل حول الاعتراف بالحق فى ملكية المعرفة الفنية:

يذهب البعض إلى أن المعرفة الفنية لا يمكن اعتبارها حقا عينيا على شئ معين، وأن حمايتها إنما يكون من خلال رابطة شخصية تربط من يحوزها بمن اتصل علمه بها، من خلال علاقة ثقة معينة، كوجود علاقة عمل تلزم العامل بالحفاظ على السرية، أو علاقة ترخيص تلزم المرخص له بعدم الاستعمال خارج النطاق المحدد فى العقد (١٢٩). فإن حصل إخلال بمقتضيات هذه العلاقة، تعين إضفاء الحماية القانونية.

ويستند هذا الرأى أساسا إلى الحكم الشهير الصادر فى قضية du Pont v. Masland (١٣٠). وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن (ماسلاند) اكتسب من خلال عمله فى شركة (ديبونت) العملاقة المعرفة الفنية الخاصة بطريقة معينة لتصنيع الجلود الصناعية. على أنه إبان انتهاء علاقة هذا العامل مع الشركة المذكورة، فلقد بدأ هو نفسه، بطريقة مستقلة، تصنيع هذه النوعية من الجلود، مستخدما فى ذلك المعلومات الفنية التى اكتسبها أثناء خدمته فى الشركة. عندئذ رفعت الشركة دعوى لاستصدار أمر Injunction بمنعه من الاستمرار فى استعمال هذه المعرفة الفنية (١٣١).

---

(١٢٩) أنظر فى عرض هذا الاتجاه والرد عليه، ..... Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الأول فى ص ٢، وما بعدها.

(١٣٠) أنظر الحكم الصادر فى قضية: du pont، والمشار إليه سابقا.

(١٣١) الحكم السابق فى ص ٥٧٥.

فأصدرت محكمة أول درجة حكما بمنعه من القيام بالترخيص للغير في استغلالها، ولكنها لم تحرمه من استعمالها في إطار مشروعه. وفي الاستئناف تم إلغاء الحكم. ثم رفعت القضية بعدئذ إلى المحكمة العليا Supreme Court ، فحكمت بتأييد حكم أول درجة، ثم حكمت أيضا بمنع العامل من استعمال ما اكتسبه من معلومات فنية، وذلك على أساس أنه قد تمكن من الحصول عليها من خلال علاقة ثقة معينة. ومن ثم فإن هذه المعلومات وصلت إليه في اطار معين لا ينبغي له أن يستفيد منها بخلاف ما تفرضه طبيعة هذه العلاقة ذاتها (١٣٢).

ولقد ذهب بعض الفقه إلى أن استناد المحكمة إلى علاقة الثقة يعني تجاهلها لوجود أي حماية مؤسسة على حق الملكية. ومع هذا تذهب أغلبية الفقه الأمريكي، في تعليقها على هذا الحكم، إلى أن تأسيس الحماية في هذه القضية على أساس فكرة الثقة ليس معناه أن المحكمة قد أعلنت رفضها لفكرة الملكية كأساس للحماية، وكل ما هناك أن المحكمة قد رأت أنه من الأفضل بناء الحماية على فكرة الثقة في هذه القضية بالذات بالنظر إلى خصوصية علاقة العمل حسب الوقائع المعروضة. ومن ثم فإن الأمر لا يمنع من حماية المعرفة الفنية بناء على فكرة الملكية في الأحوال الأخرى التي قد لا تتوافر فيها علاقة ثقة (١٣٣).

---

(١٣٢) الحكم السابق في ص ص ٥٧٥ – ٥٧٦.

(١٣٣) أنظر في عرض هذين الاتجاهين:

Milgrim, Trade Secrets ..... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الأول، في ص ص ٤ – ٥.

أنظر أيضا:

Melvin Jager, Trade Secrets ..... المرجع المشار إليه سابقا، في ص ص ٥٨ – ٥٩.

والواقع أن المحاكم الأمريكية جرت منذ فترة بعيدة على الاعتراف بحق الملكية على المعرفة الفنية، ففى قضية قديمة نسبيا قالت إحدى المحاكم الفيدرالية فى قضية Allen v. Shellnar [١٣٤] "بأنه سواء كان موضوع الابتكار قابلا لشموله ببراءة اختراع أم لا، فطالما كان المبتكر يحتفظ به سرا، فإنه على الرغم من عدم وجود احتكار له (أى مثل الذى تخلقه البراءة)، فإن له مع ذلك حق ملكية تحميه محكمة المستشار ضد أى شخص يقوم، عن سوء نية، باستخدامه خارقا بذلك علاقة الثقة التى وضعت فيه" [١٣٥] ومع أن هذا الحكم كغيره من الكثير من الأحكام الأمريكية يعترف بحق الملكية، إلا أن حماية هذا الحق تتم كما هو واضح من خلال علاقة الثقة.

والأحكام القضائية السابقة، وغيرها الكثير، لم تكن صريحة فى تفريد فكرة الملكية كأساس وحيد للحماية القانونية للمعرفة الفنية، إذا كانت علاقة الثقة تلعب الدور الأساسى فى الحماية. ومع هذا ففى سابقة قضائية هامة وحديثة حسمت المحكمة العليا الأمريكية هذه المسألة، فلقد تضمنت قضية

= وأنظر بصفة خاصة:

Roman A. Klizke, Trade Secrets: Important Quasi - Property Rights ....

المشار إليها سابقا، وبصفة خاصة فى ص ص ٥٥٦ – ٥٥٧.

(١٣٤) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

Allen - Qually Co. v Shellmar products Co. 31 F. 2d 293, 296, ND, affirmed 36 F. 2d 623, 4 PQ. CCA 7 (1930).

مشار إليه فى :

Ellis, Trade Secrets .... المرجع المشار إليه الإشارة فى ص ١٠.

(١٣٥) الحكم السابق فى ص ٢٩٦، كما هو مشار إليه فى Ellis, Trade Secrets ، السابق الإشارة إليه فى ص ١٠.

Ruchellhaus V. Monsanto [١٣٦] مشكلة مدى دستورية بعض نصوص القوانين الفيدرالية التى تتطلب تسجيل بعض أنواع المبيدات الحشرية Pesticides. وكان Monsanto قد طور طريقة مبتكرة لتركيب إحدى هذه المبيدات وكانت لديه كافة البيانات data عن المعادلات الكيميائية لهذا الابتكار. وكانت سرية هذا الاكتشاف تتركز فى عدم إفشاء هذه البيانات وعدم وصولها بطريقة أو بأخرى إلى المنافسين، وخاصة أن المكتشف فضل استغلالها كمعرفة فنية، وعدم طلب براءة اختراع عنها. ومن ثم فتقديم هذه البيانات إلى الجهة الإدارية، والسماح لأى شخص بالاطلاع عليها معناه فضح سرية الاكتشاف وضياع حق الاستئثار الذى تخوله المعرفة الفنية للمكتشف [١٣٧].

ولقد حكمت المحكمة بأن إلزام المكتشف بتقديم هذه البيانات إلى الجهة الإدارية يشكل انتزاعا واعتداء على حقوق المخترع، فى ظل قوانين الولايات، لأنه يشكل نوعا من الاستيلاء عليها دون تعويض عادل taking without just compensation ، وأن هذا يخالف متطلبات مبدأ المشروعية due process وفقا للتعديل الخامس من الدستور، وذلك على أساس أن المخترع Monsanto له حق ملكية على المعلومات والبيانات data الخاصة بطريقة تركيب هذا المبيد الحشرى التى تلزمه جهة الإدارة بإفشائها. هذه البيانات تشكل حق ملكية بالمعنى الفنى، وتخول صاحبها السلطة فى منع

---

(١٣٦) أنظر:

Rockellhasu v. Monsanto Company, 467 U.S. 986 (1984).

(١٣٧) أنظر الحكم السابق، فى ص ص ٩٨٦ - ٩٨٨.

الآخرين والمنافسين من الاستفادة بها، وتؤدى إلى استئثار المخترع باستعمال واستغلال اكتشافه [١٣٨].

ولقد ذهب البعض أيضا إلى أن الحق على المعرفة الفنية لا يعتبر حق ملكية بالمعنى الدقيق، لأنه حق لا يتسم بالدوام؛ إذ يختفى هذا الحق بمجرد أن تصبح المعلومات علنية، أو يتوصل إليها عدد كبير من الأشخاص بحيث تتلاشى الميزة التنافسية التى تخولها السرية، كما أن أسلوب حمايتها يعتمد إلى حد كبير على الأسلوب الذى يتم نقلها به إلى الأشخاص الآخرين وأيضا على ظروف استعمالها [١٣٩].

والواقع أن الحجة السابقة ليست قاطعة، إذ أنه يكاد يكون من المسلم به أن المقصود بدوام حق الملكية هو استمرار وجوده "ما دام محله ولا يزول إلا بزواله، فهو دوام للحق نفسه لا لشخص المالك... فحق الملكية إذن حق

---

[١٣٨] الحكم السابق فى ص ص ١٠٠٥ – ١٠٠٨.

[١٣٩] وأبرز الفقهاء المعارضين لفكرة الملكية كأساس لحماية المعرفة الفنية كل من Turner و Ellis . حيث يقول الاستاذ Turner :

"Thus here, again, the description of the subject matter disclosed as "property" has no legal significance in the way of affording the discloser protection unless a confidential relationship also is found to exist".

أنظر:

Turner, The Law of Trade Secrets .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٥٦.

أما Ellis ، فهو يقول:

"The weight of authority is against using the normal attributes of property as a yardstick to determine whether or not a person has rights which should be recognized".

أنظر:

Ellis, Trade Secrets .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٢.

دائم يدوم ما بقى محله فلا ينقضى إلا بهلاك الشئ" (١٤٠) . فوجود المحل واستمراره شرط لاستمرار حق الملكية على الشئ. فإذا طبقنا ذلك على المعرفة الفنية أمكن القول بأن السرية هى شرط بقاء محل الحماية، فإن زالت السرية، أدى ذلك إلى فناء هذا المحل نفسه أى المعرفة الفنية بحيث تصبح أمرا مباحا. وهلاك المعرفة الفنية معناه زوال القيمة التنافسية التى كانت تخولها للمالك الأصلى لها. فحق الملكية على المعرفة الفنية هو حق دائم من هذا المنظور، وافتضاح سريتها يؤدى إلى مجرد هلاك محل الحماية. ثم إنه إذا كانت المعرفة الفنية من حقوق الملكية التى يمكن وصفها بإمكان الاختفاء والذوبان disappearing property بمجرد أن تصبح المعلومات التى تحتويها ذائعة ومنتشرة، فإن هذه الخصيصة ليست قاصرة على حقوق المعرفة الفنية وحدها، بل هى سمة لبعض أنواع حقوق الملكية الصناعية الأخرى. فملكية العلامة التجارية تكتسب، فى القانون الأمريكى، عن طريق الاستعمال، والتسجيل ما هو إلا أثر مقرر للملكية. ويقصد بذلك الاستعمال الفعلى الذى يجعل للعلامة الفعالية فى تمييز منتج معين عن غيره من المنتجات الأخرى، حتى لا يقع الجمهور فى لبس ما. على أن ملكية العلامة التجارية تزول إذا لم تعد العلامة بذاتها كافية لتمييز أو تعيين المنتج، وذلك إذا أصبحت مثلا من الذيوع والانتشار بحيث ترتبط فى أذهان الناس ليس بصنف المنتج وإنما بجنسه generic, فى هذه الحالة تندثر ملكية العلامة التجارية، ويشترك الجميع فى إمكان استخدامها لنفس جنس المنتج. واختفاء ملكية العلامة فى هذه الحالة لا يطعن فى أنها كانت يوما محلا لحق الملكية (١٤١). ومن ذلك أيضا، أن قواعد الشريعة العامة Common Law ما زالت

---

(١٤٠) أنظر الدكتور حسن كيرة، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٦٦.

(١٤١) أنظر:

تعتد بحماية حقوق المؤلف بالنسبة للأعمال غير المنشورة unpublished works ، أما الأعمال المنشورة فهى موضوع لحماية القانون الفيدرالى. ومعنى ذلك أن مبادئ الشريعة العامة ما زالت تضفى الملكية على الأعمال الفنية والأدبية غير المنشورة، وطالما بقيت كذلك. أما إذا قام صاحب العمل الأدبى أو الفنى غير المنشور بإطلاع الآخرين عليه، فإنه يفقد هذه الحماية التى تقررها قواعد العدالة، ومع هذا لا يمكن الطعن فى الاعتراف بحق الملكية للمؤلف على عمله غير المنشور قبل تسربه إلى الآخرين (١٤٢). بل إن المخترع الذى حصل على براءة اختراع، ينتهى حق الاستئثار المخول له بالبراءة بعد سبع عشرة سنة بحيث يصبح للجميع استخدامه، وهذا لا يطعن فى الاعتراف له بحق الاحتكار خلال الفترة التى كانت تسرى فيها البراءة.

أما الحجة الأساسية التى تبرز دائما كأساس للهجوم على منطق الاعتراف بملكية المعرفة الفنية فهى أن هناك فارقا جوهريا بين نظام براءات الاختراع ونظام حماية المعرفة الفنية. فبراءة الاختراع، فى رأى الكثير من الفقهاء، تخول صاحبها حق ملكية من حيث أنها تعطيه فرصة الاستئثار بها واحتكار استغلال الاختراع طوال مدة البراءة (١٤٣). أما مالك

Milgrim, Trade Secrets.... ...... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الأول فى ص ص ٥ – ٦.

(١٤٢) أنظر فى هذه الحجة:

Dessemontet, The Legal Protection .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٢٩ – ٣٣٠. أنظر أيضا الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا ... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٤٩٠ حيث يذكر أن مبادئ الشريعة العامة قد اعترفت بحق ملكية المخترع على اختراعه حتى قبل صدور قانون براءات الاختراع فى الولايات المتحدة الأمريكية.

(١٤٣) أنظر فى الحق فى ملكية البراءة فى الفقه الأمريكى:

المعرفة الفنية، فهو لا يستطيع منع الأشخاص الآخرين من مواصلة استعمال واستغلال المعارف الفنية المشابهة والتى توصلوا إليها بطريقة مستقلة، سواء كانوا فى ذلك سابقين أو لاحقين للشخص طالب الحماية. وبعبارة أخرى، ففكرة الاستئثار التى تميز الحق الذى تخوله البراءة لا تتوافر بصدد المعرفة الفنية.

ويذهب الفقه الراجح فى الولايات المتحدة إلى تفنيد الحجة السابقة من وجهين: فأولا، فحق المخترع على براءة الاختراع ليس حق ملكية عادى، وإنما احتكار monopoly (١٤٤). فمن صدرت له البراءة يمكنه منع أى شخص آخر توصل إلى نفس الابتكار - وإن كان للأخير السبق فى الاكتشاف - من القيام باستغلال الاختراع أو التصرف فيه. إلا أن البراءة لا تخول جميع سلطات المالك، حيث لا تعطى حقا بالاستئثار باستعمال الاختراع، أو على حد تعبير أحد فقهاء الملكية الصناعية فى مصر. "أن حق الملكية يشمل عناصر ثلاثة هى: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف، وهذه العناصر. لا تتوافر جميعها فى حقوق الملكية الصناعية، فالحق فى براءة الاختراع يتكون من عنصرى الاستغلال والتصرف فحسب، دون عنصر الاستعمال، بمعنى أن صاحب براءة الاختراع له أن يباشر استغلالها وأن يتصرف فى البراءة بأن يتنازل عنها لغيره بمقابل أو بغير

= Choate & Francis, Patent Law .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٨٠٣، وما بعدها، وفى الفقه المصرى، راجع بحث الدكتور كمال محمد أبو سريع: حق الملكية فى براءة الاختراع، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السادسة والعشرون (١٩٨٢). فى ص ص ٥ - ٧٠.

(١٤٤) أنظر:

Miligrim, Trade Secrets ...... المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الأول، فى ص ٦.

مقابل، ولكن لا يترتب على الحق فى البراءة حق صاحبها فى استعمال اختراعه استعمالا خاصا لنفسه، إذ أن استعمال الشخص لشئ مادى إنما هو عنصر من عناصر حق الملكية العادى وليس من خصائص حقوق الملكية الصناعية. وإذا كان للمخترع أن يستعمل الجهاز الذى ابتكره فإنما استعماله للجهاز ترتب على حق ملكية عادية للجهاز وليس نتيجة منحه براءة الاختراع. وتبعا لذلك فإن الحق فى براءة الاختراع يختلف عن حق الملكية إذ أن البراءة لا يترتب عليها حق استعمال مثل الاستعمال الذى يترتب على حق الملكية" (١٤٥). أما عن الوجه الثانى للرد على الانتقاد السابق، فهو أن حق ملكية المعرفة الفنية يخول المالك جميع سلطات الملكية فى القانون الأمريكى بما فيها سلطة الاستعمال التى لا تخولها البراءة. كما أن هذه السلطات هى سلطات استئثارية فى مواجهة الكافة (١٤٦). صحيح أن مالك المعرفة الفنية لا يستطيع أن يمنع هؤلاء الذين طوروا أو اكتشفوا نفس المعرفة بطريقة مستقلة. وهنا يحصل التناقض، إذ كيف يمكن القول بأن لعدة أشخاص سلطة استئثارية على ذات المحل؟ يجب أن نلاحظ أن المعرفة الفنية لو وجدت لدى عدة أشخاص فى وقت واحد، فإن ذلك لا يخل بسلطات الملكية الثابتة لكل منهم، إذ أن كلا منهم قد حاز هذه المعرفة بطريقة مستقلة، أى وصلت إليه بطريق مشروع عن طريق البحث والاجتهاد الذاتى، ويمكن لأيهم الاستئثار بما توصل إليه من خلق أو ابتكار؛

---

(١٤٥) أنظر الدكتور محمد حسنى عباس، الملكية الصناعية، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١١. وأنظر فى القانون الأمريكى، Dessemontet, The Legal Protection ...... المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ٣٣٥.

(١٤٦) أنظر فى ذلك:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٣٢ - ٣٣٦.

أضف إلى ذلك أنه مهما بلغت درجة التشابه بين ما توصل إليه عدة أشخاص لمعرفة فنية ما، فإنه يبقى مع ذلك اختلافا فى المحتوى ولو كان هذا الاختلاف هامشيا أو بسيطا، مما ينفى إمكانية وجود تطابق تام بين معارف فنية معينة (١٤٧). ومن ثم فإن محل الملكية ليس واحدا، وإنما هو يتعدد بتعدد الملاك.

فالمعرفة الفنية وفقا لكل من الفقه والقضاء الأمريكى، هى حق ملكية بالمعنى الضيق. وهناك تطبيقات عديدة فى القانون الأمريكى تؤكد على هذا المعنى. من ذلك، أنه يجوز للشريك أن يقدم المعرفة الفنية التى ابتكرها أو طورها كحصة فى شركة ما، على سبيل التمليك، فتصبح المعرفة الفنية ملكا للشركة ذاتها كشخص معنوى، ويمكن دخولها فى موجودات الشركة عند التصفية، ولا يجوز للشريك بعدئذ استعمالها أو استغلالها أو التصرف بها بطريقة منفردة (١٤٨). أضف إلى ذلك، أن الشريك عند تقديمه المعرفة الفنية كحصة فى الشركة فإنه يحصل على أسهم عينية real shares ، ومن ثم تراعى إجراءات تقدير الحصة العينية بالنسبة للمعرفة الفنية قبل منح هذه الأسهم (١٤٩). كما أن قانون الضرائب tax law الأمريكى يعامل، بصفة العامة، الضرائب على استغلال وبيع المعرفة الفنية معاملة الضرائب على الملكية (١٥٠). بل إن المعرفة الفنية يجوز أن تكون محلا لعقد الأمانة

---

(١٤٧) المرجع السابق فى ص ٣٣٦.
(١٤٨) أنظر فى هذه الفكرة:
Milgrim, Trade Secrets وأيضا راجع الأحكام القضائية المشار إليها فيه، الجزء الأول، الفصل الأول، فى ص ص ١٨ – ١٩.
(١٤٩) المرجع السابق، فى ص ص ٢٠ – ٢١.
(١٥٠) أنظر:
Dessenontet, The Legal Protection .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٢٩.

trust ، والذى يستلـــزم أن يكون محله res trust واردا على ملكيـــة شئ ما [١٥١]. ومن التطبيقـات كذلك التى تؤكـد فكـرة الاعـتراف بحـق ملكيـة المعرفة الفنيـة، أنـه لا يجوز، بمجرد وفـاة صـاحب المعـرفة الفنيـة، رفـع دعوى لمنع الاعتداء عليها improper use ، إلا بعـد انتقـال التركـة نفسـها إلـــى الورثـــة، لأن الدعـوى فـى هـذه الحـالة هـى دعـــوى عينيـــة real action [١٥٢]. ولعل أطرف التطبيقات فى هذا الصدد، أنه عند شهر إفـلاس المدين صاحب المعرفة الفنيـة، فإنه تغل يده عن التصرف فيها أو استغلالها؛ وأيضا لو تم بيع المشروع المالك للمعرفة الفنية خلال فترة الريبة period of doubt ، فإنه لا يجوز للمشترى أن يقوم برفع دعوى ضـد الشـخص الـذى قام بالاعتداء على المعرفة الفنيـة وذلك فـى الفترة بين حصول البيع ورفـع دعوى شهر الإفلاس، لأن ذلك سيكون من حـق جماعــة الدائنيـن ممثلـة فـى السنديك trustee in bankruptcy [١٥٣].

---

(١٥١) المرجع السابق، فى ص ٣٣٠. أيضـا: أنظـر:
Milgrim, Trade Secrets ..... المرجـع المشـار إليـه سابقا، الجزء الأول، الفصل الأول فى ص ص ٢٢ – ٢٣. أنظر أيضا الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة فى الآليات القانونية ... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٤٨.
كمـا يقول الدكتـور حسام عيسى "باختصـار شـديد يمكننـا إذن أن نقول أن القـانون الوضعى الأمريكى يعترف بملكية المعرفة الفنيـة، وأن المقصـود هنـا هـو الملكيـة بمعناها المفهوم فى القانون الفرنسى أو المصرى كحق عينى" أنظـر نفس المرجـع، فى ص ١٤٩.

(١٥٢) أنظـر Milgrim ، نفس المرجع السابق، فى ص ص ٢٥ – ٢٦. أيضـا أنظـر:
Dessemontet, The Legal Protection ... فى ص ٣٣٠.

(١٥٣) المرجع السابق، فى ص ص ٣٢ – ٣٤ أنظـر أيضـا:
Dessemontet, The Legal .... المرجـع السابق، فى ص ٣٣١.

(ب) سلطـات مـالك المعرفـة الفنيـة فـي ظـل مبـادئ الشريعـة العـامة Common Law

يعترف القانون الأمريكي، طبقا لمبادئ الشريعة العامة، بحق ملكية المبتكر على المعرفة الفنية التي توصل إليها. وعليه، يمكن لصاحب المعرفة الفنية أن يباشر عليها جميع السلطات التي يخولها حق الملكية.

فمن ناحية أولى، يكون لمالك المعرفة الفنية التمتع باستعمال واستخدام هذه المعرفة دون أي تدخل من شخص آخر، طالما احتفظ بذلك بطريقة سرية. ولا يطعن في استئثار المالك في استعمال المعرفة الفنية، أن يقوم آخرون بمحاولة التوصل إليها، أو التوصل إليها فعلا واستعمالها، طالما تم هذا بطريقة مستقلة تماما، كما ذكرنا (١٥٤) . ومن ثم فإن حق الملكية على المعرفة الفنية يسمح لكل من توصل إليها بطريق مشروع من الاستئثار باستعمالها في مواجهة المنافسين الذين لم يتوصلوا بعد إلى اكتشافها؛ فهو استئثار في مواجهة الكافة، أي المنافسين الذين عجزوا عن تطوير نفس المعرفة بطريقة تلقائية ومشروعة.

وعليه، فإن مالك المعرفة الفنية يمكنه استعمالها كما تستعمل الملكية على الأشياء في الأنواع الأخرى من الملكية على الأشياء، ودون قيود أو حدود، ما عدا تلك القيود المتعلقة بالصحة العامة والأمن القومي ومثيلاتها. على أن هذه القيود يتعين أن تكون في أضيق الحدود حتى لا تتعارض مع

---

(١٥٤) أنظر:

Dessemontet, The Legal Protection .... المرجع السابق الإشارة إليه في ص ٣٣٣، وأيضا أنظر ص ٣٣٥.

مبدأ المشروعية due process ، وهو مبدأ دستورى يسرى على حقوق الملكية بما لا يجيز الحد من السلطات الواردة عليها، كقاعدة عامة [١٥٥].

ومن ناحية ثانية، فإن حق ملكية المعرفة الفنية يخول المالك إمكان التصرف فيها بالطريقة التى يراها.. فيجوز للمالك إبرام عقود ترخيص للآخرين باستعمال المعرفة الفنية. كما يجوز له القيام ببيعها [١٥٦]. وإذا حصل تصرف بالبيع فإن ذلك يؤدى إلى انتقال حق الملكية إلى المشترى بكل خصائصه، فلا يجوز للبائع بعدئذ أن يقوم باستعمال المعرفة الفنية، إلا إذا اتفق على غير ذلك، لأن ملكية الرقبة title وكذلك المنفعة تنتقل إلى المشترى الجديد. وهنا نلاحظ مرة أخرى التأكيد على الطابع العينى لحق ملكية المعرفة الفنية [١٥٧].

ومن ناحية أخيرة، فإن للمالك سلطة هامة من حيث أن حق الملكية يعطى له حصانة immunity معينة تحول دون أى تدخل من الغير قد يؤدى بفعل عمدى أو بامتناع أو بإهمال إلى التعديل أو النيل من سلطات المالك. ومع هذا، فلا يعد من قبيل الاعتداء على هذه الحصانة قيام أحد المنافسين بالتوصل إلى نفس المعرفة الفنية بطريقة ذاتية ومستقلة، ثم طلب براءة اختراع عنها، أو حتى نشرها وإذاعتها. فهذه الأفعال من جانب

---

(١٥٥) المرجع السابق فى ص ٣٣٣.

(١٥٦) أنظر:

Milgrim, Trade Secrets ..... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، فى ص ص ١٤ – ١٥.

(١٥٧) أنظر:

Dessemontet, The Legal Protection ...... فى ص ٣٣٤.

المنافس من شأنها تدمير حق ملكية المكتشف الأول للمعرفة الفنية لأن قواعد العدالة ترجح - فيهذه الأحوال - مصلحة المجتمع ككل في الاستفادة من المعرفة الفنية، دون الاستئثار بها من جانب شخص معين، طالما لم يحدث بطرق غير مشروعة improper means (١٥٨).

(جـ) قابلية موضوع المعرفة الفنية للحماية ببراءة اختراع لا تحول دون استمرار حمايته كحق ملكية طبقا لمبادئ الشريعة العامة:

ذكرنا من قبل أن موضوع المعرفة الفنية يتسع ليشمل تلك المعلومات التجارية، وكذلك الابتكارات سواء كانت غير قابلة لشمولها ببراءة اختراع لعدم توافر الشروط اللازمة لذلك كفقدان مستوى الابتكار الذي يشترطه القانون للإرتقاء إلى مستوى البراءة مثلا. وأيضا يشمل موضوع المعرفة الفنية حتى تلك الابتكارات التي ترقى إلى مستوى الحصول على البراءة، ولكن يفضل مكتشفها الاحتفاظ بها سرا، واستغلالها على هذا النحو. واختيار نوع الحماية التي يراها المبتكر، في هذه الحالة الأخيرة، أمر متروك له (١٥٩). على أن الركون إلى حماية الاختراع تحت مظلة قانون الأسرار التجارية، وإن كان من شأنه في بعض الأحوال تمكين المبتكر من مد احتكاره لفترة قد تزيد عن تلك التي تخولها البراءة، إلا أن ذلك، وكما أسلفنا في المطلب الأول، يتضمن بعض المخاطر ومنها احتمال توصل الغير إلى نفس الابتكار والحصول على برءاة اختراع تغطيه بما

---

(١٥٨) المرجع السابق، في ص ٣٣٤.

(١٥٩) انظر :

Milgrim, Trade Secrets .... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الثاني، الفصل الثامن، في ص ص ٣ - ٤.

يؤدى إلى منع المبتكر الأسبق فى الاستمرار فى التمتع بملكيته على معرفته الفنية؛ ومن هذه المخاطر أيضا ذيوع الابتكار بين المنافسين بحيث تفتقد المعرفة الفنية السرية التى هى لب الحماية. على أنه من الجوهرى الإشارة إلى أن المخترع لا يمكنه الاعتماد على حماية كل من الأسرار التجارية والبراءات فى ذات الوقت، وذلك لأن الحصول على براءة الاختراع يفقد الابتكار عنصر السرية اللازم لحماية المعرفة الفنية (١٦٠).

على أن فكرة احتفاظ مالك المعرفة الفنية بالحماية الى يخولها قانون الأسرار التجارية، على الرغم من قابلية هذه المعرفة من الناحية الموضوعية لشمولها ببراءة ا ختراع، قد أثار حفيظة الكثير من المحاكم الأمريكية، وذلك منذ صدور قانون براءات الاختراع الفيدرالى عام ١٩٥٢. ولقد صدرت أحكام عديدة من محاكم الاستئناف الأمريكية رافضة "حماية ملكية المعرفة الفنية فى ظل مبادئ الشريعة وقوانين الولايات لتعارض ذلك مع مقتضيات الحماية التى يضيفها قانون براءات الاختراع الفيدرالى. فالاعتراف بحماية المبتكرات، القابلة للحماية للبراءة، يحمل خطرا كبيرا من حيث أن معظم المخترعين سوف يحجمون عن طلب براءات الاختراع مفضلين الاعتماد على الحماية المستمدة من قوانين الولايات، وبالتالى يتوافر لهم احتكار لمدة أطول من تلك التى تخولها البراءة. ومن ثم لا تتكشف للمجتمع الاختراعات التى تدفع عجلة التقدم والبحث العلمى، مما يتناقض مع السياسة من وراء نظام براءات الاختراع نفسه، والتى حرص الدستور الأمريكى على تكريسها (١٦١). بل ويزداد الأمر خطورة إذا ما قام

(١٦٠) المرجع السابق، فى ص ص ٥ – ٨.
(١٦١) انظر فى عرض هذه الأفكار:

مالك المعرفة الفنية بإستعمالها واستغلالها تجاريا لمدة تزيد عن عام، حيث فى هذه الحالة لا يمكن له أو لأى شخص آخر طلب براءة الاختراع لفقدان عنصر الجدة، وفقا للمفهوم المحدد فى قانون البراءات، وإن كانت السرية ما زالت متوفرة (١٦٢). وبالتالى تضيع على المجتمع فرصة الكشف عن مخترعات هامة وجوهرية كان من الممكن للجميع الاستفادة منها، فيما لو شملها نظام البراءات بالحماية. وعليه، فإن الاعتراف بالحماية التى تخولها الشريعة العامة للمعرفة الفنية القابلة لحمايتها أصلا ببراءة اختراع من شأنه تقويض السياسة التشريعية التى رسمها المشرع الفيدرالى، كما يتعين هدم هذه الحماية لتعارضها مع المبادئ الدستورية، وبصفة خاصة تعارضها مع مبدأ سمو القانون الفيدرالى Supramacy clause على قوانين الولايات، وهو مبدأ دستورى هام.

وفى عام ١٩٧٤ أصدرت المحكمة العليا الأمريكية حكما شهيرا حسمت به الخلاف الدائر فى محاكم الاستئناف حول هذه المسألة. ففى

= Sidney A. Diamond, Preemption of State Law, Published in Milgrim, Trarde Secrets, Volume 2, Appendix B1, at PP. B1 - 1, B1 - 10.

وأنظر أيضا:

Choate & Francis, Patent Law .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٧٧ – ٨٨.

وأنظر بصفة خاصة الحكم الصادر فى قضية Kewanee والذى ناقش السياسة التشريعية لقانون براءات الاختراع فى علاقته بالحماية التى تفرضها الولايات على الأسرار التجارية:

Kewanee Oil Comnpany v. Bicron Corporation, 478 F. 2d 1074 (CA 6, 1973).

هذا الحكم منشور بأكمله فى مؤلف Milgrim عن الأسرار التجارية والسابق الإشارة إليه، الجزء الثانى، الملحق رقم (K) ، وبالذات فى ص ص K 8 - K.

(١٦٢) أنظر الحكم السابق، فى ص K - 2 من مؤلف Milgrim ، السابق الإشارة إليه.

الحكم الصادر في قضيـة: Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp. (١٦٣)، قررت المحكمـة بأن قوانين الولايات المختلفة والمتعلقة بالأسرار التجارية لا تتعارض مع القانون الفيدرالى الخاص ببراءات الاختراع، ومن ثم يجوز حماية المعرفة الفنية في ظل الشريعـة العامة حتى ولو كانت فى حد ذاتها مستوفيـة لشرائط حمايتها كاختراع يمكن أن تصـدر عنـه بـراءة. وتتلخص الوقائـع فى هذه القضيـة فى أن شركـة Harshaw ، وهى شركـة عمـلاقة فى مجال الصناعـات الكيمائيـة، قامت بتطوير وسيلة معينـة لتصنيع مزيج من زجاج الكريستـال Synthetic Crystal وذلك لاستخـدامه لحجب الذرات المشعـة ionizing radiation وكان أحد العـاملين فى هذه الشركـة قد اطلع بحكم وظيفتـه على هذه الوسيلـة المبتكرة، وحرصـا من الشركـة على سريـة المعرفة الفنيـة، فلقد تضمن عقد العمل شـرطا يوجـب عليـه عـدم إفشـاء هذه الوسيلـة السريـة. على أن هذا العـامل، بعـد تركـه الخـدمة فـى شركـة Harshaw قام بالالتحـاق بشركـة Bicron ، والتى تعمل فـى نفس المجـال الصناعى. أقامت شركـة Harshaw دعوى على كل من العـامل وشركـة Bicron ، بإلزام العـامل بعدم منافســة الشركــة ومنعـه من القيام بإفشـاء المعرفة الفنيـة التى وصلت إليـه فى ظل عـلاقة تعـاقدية مبنيـة على الثقـة، وبإلزام الشركة المنافسـة بالتوقف عن استعمالها واستغلالها لأنها توصلت إليها بطريق غير مشروع (١٦٤). ولقد أصدرت محكمـة المقاطعـة الشمالية لولاية اوهـايو حكمـا لصالح الشركـة المدعـية، وعنـدما عـرضت القضيـة على محكمـة الاستئناف للدائرة السادسة قررت المحكمة أنه وإن كـان يجوز

---

(١٦٣) أنظر الحكم الصادر فى قضيـة Kewanee، والمشـار إليـه سابقـا.

(١٦٤) أنظر وقائع القضيـة، فى الحكم المشار إليـه سابقا، فى ص K - 1, K - 2 من مؤلـف Milgrim المشـار إليـه سابقـا.

منع المدعى عليهم من استخدام الأسرار التجارية في ظل قوانين الشريعة العامة المطبقة في ولاية اوهايو، إلا أنه إذا كان السر التجارى مما يجوز شموله ببراءة اختراع، وقام المخترع باستغلاله تجاريا، فإنه يفقد بالتالى عنصر الجدة اللازم توافره للبراءة، وهذا يؤدى إلى إغلاق أى أمل للحصول عليها من جانب أى شخص آخر يتوصل إلى نفس الاختراع، ومن ثم بقاء المعرفة الفنية سرا، مما يحرم المجتمع من تكنولوجيا معينة كان من الممكن أن تشيع وتعرف للكافة فيما لو صدرت البراءة. ومن هنا كان المتعين إغلاق باب الحماية الذى تفتحه قوانين الولايات على مصراعيه وذلك للتعارض الشديد مع القانون الفيدرالى (١٦٥).

وعندما عرضت القضية على المحكمة العليا كان من المتعين عليها إبراز ما إذا كان فعلا هناك تعارض بين السياسة التشريعية التى يتبناها القانون الفيدرالى فى مجال حماية الاختراعات وبين تلك السياسة التى تتوخاها الولايات المختلفة لحماية المعرفة الفنية فى ظل مبادئ الشريعة العامة وقواعد العدالة. وفى سبيل إبراز ذلك، فرقت المحكمة بين ثلاث طوائف للمعرفة الفنية: فمن ناحية أولى، أنه إذا كانت المعرفة الفنية فى شكل معلومات تجارية trade information ، فإنه لا تعارض بين حمايتها فى قوانين الولايات، التى تستهدف فى المقام الأول إعطاء ميزة تنافسية لمالك هذه المعلومات وخاصة أنه يقوم بتطويرها بعد جهد مكثف ونفقات باهظة، وبين الحماية التى يخولها قانون براءة الاختراع، لأن هذا القانون الأخير يخرج هذه المعلومات من نطاق تطبيقه، هذا من جهة، ومن جهة

(١٦٥) المرجع السابق فى ص K-2.

أخرى، أن المجتمع كله لن يضار من الاحتفاظ بهذه المعلومات سرا وقصرها على مشروع معين لمدة غير محدودة (١٦٦). ومن ناحية ثانية، فإنه إذا كانت المعرفة الفنية في شكل ابتكارات ما غير مستوفية شروط الحصول على البراءة، فإن استمرار حمايتها في ظل مبادئ الشريعة العامة للولايات المختلفة لن يساعد من قريب أو من بعيد على تحقيق أهداف قانون براءات الاختراع الفيدرالي، ومن ثم لا تعارض بين الاعتراف بحماية هذه المخترعات في الشريعة العامة وبين القانون الفيدرالي (١٦٧). ومن ناحية ثالثة، إذا كان موضوع المعرفة الفنية اختراعا يمكن شموله ببراءة اختراع لاستيفائه الشروط اللازمة لذلك، وفي نفس الوقت يمكن للمخترع تفضيل حمايته كسر تجاري، ولا شك أنه إذا قام تعارض بين الحماية التي يخولها القانون الفيدرالي وتلك التي تقرها قوانين الولايات، فإن هذه الحماية الأخيرة يتعين إلغاؤها. على أن المحك الأساسي لقياس وجود هذا التعارض بين نوعي الحماية لا ينشأ لمجرد توفر حماية ما في ظل قوانين الولايات، ولكن ما إذا كانت هذه الحماية تشكل خطرا ما على نظام براءات الاختراع الذي كفله المشرع الفيدرالي (١٦٨). وفي تحليلها لمدى وجود مثل هذا الخطر، ذهبت المحكمة إلى أن الحماية التي يكفلها قانون الأسرار التجارية هي حماية هشة بمقارنتها بالحماية التي يرتكز عليها نظام البراءات. فقانون الأسرار التجارية لا يمنع أي شخص من التوصل إلى نفس الابتكار والاستمتاع بنفس الحماية، طالما كان اكتشافه له بطريقة مشروعة كالبحث

---

(١٦٦) المرجع السابق، في ص K - 11.

(١٦٧) المرجع السابق، في ص K - 13 , K - 14 .

(١٦٨) المرجع السابق، في ص K - 14.

المستقل أو تحليل عناصر المنتج (١٦٩). ثم إن مالك المعرفة الفنية يتعرض لمخاطر عديدة منها سرقة ابتكاره أو إفشاء سريته بسبب خيانة إحدى علاقات الثقة التى قد يضعها فى العاملين معه أو المرخص لهم مثلا باستعمالهما، وهنا يفقد المالك ملكية هذه المعرفة، ولا يبقى له فى الكثير من الأحوال إلا التعويض. هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن المجتمع نفسه لن يضار من المخترع الذى يؤثر حماية الأسرار التجارية فى ظل الشريعة العامة لقوانين الولايات، رافضا الحماية التى تكفلها البراءة. ذلك لأن من الثابت عملا أنه لو قام المخترع بالاحتفاظ بابتكاره واستعماله واستغلاله بنفسه فى إطار مشروعه، فهناك احتمال كبير أن يقوم آخرون بالتوصل إليه بطريقة مستقلة، حتى ولو اتخذ المخترع جميع الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السرية، لأن مجرد استغلال الابتكار تجاريا سوف يؤدى إلى تنبيه المنافسين الآخرين إلى وجود تكنولوجيا جديدة وغامضة مما سيدفعهم ويحفزهم إلى تكثيف الجهود البحثية للتوصل إليها، مما سيؤدى فى يوم ما إلى القضاء على الميزة التنافسية التى كان يحاول المخترع أن يجنيها فى ظل مبادئ الشريعة العامة. ولذا فإنه ليس من المتصور، إلا فى النادر من الأحوال، أن يضحى المخترع ببراءة اختراع مفضلا حماية الأسرار التجارية. وبناء عليه، فإن قوانين الولايات التى تحمى ملكية المعرفة الفنية لا تشكل خطرا داهما على الحماية الفيدرالية. ومن ثم يمكن للولايات الاستمرار فى خلع الحماية على المبتكرات، التى وإن كانت قابلة للحصول على براءة اختراع عنها، إلا أن مالكها آثر الاحتفاظ بها سرا (١٧٠).

(١٦٩) المرجع السابق، فى ص K - 15, K - 16.
(١٧٠) المرجع السابق، فى ص ص K - 16, K - 17 .

ولـم تـتردد المحكمــة العـليا الأمريكيــة، فـى تـأكيد اسـتمرار حمايـة المعرفة الفنيـة فى ظل مبادئ الشريعـة العامة عندما عرضـت عـليها هذه المسألة مرة أخرى فى قضـية Aronson v. Quick point Pencil Co. وهـى أحـدث قضيــة للمحكمــة العـليا فـى هـذه المسألــة (١٧١). وتتلخـــص وقائعها فى الترخيص لشركـة Quick باستخـدام المعـرفة الفنيـة التـى كـانت تحوزهـا شركـة Aronson ، مع ارتباطها بعـقد تسليم مفتـاح Keyholder ، وذلك لقـاء دفع مقابـل Royalities معـين. وكـانت شركـة Aronson قـد تقدمت للحصول على براءة اختراع عن هذه المعـرفة الفنيـة التـى تحوزهـا والتى ظلت تستغـلها سرا لفترة معـينة. وكان من شروط عـقد الترخيص بين الشركتين استمرار دفع مقابل التكنولوجيـا، فى حالة صـدور قرار سلبى مـن مكتب براءات الاختراع، برفض منـح البراءة. ولـم تصـدر البراءة. عنـدئذ قامت الشركـة المرخـص لها برفض الاستمرار بدفع نفقـات التكنولوجيا على أسـاس أن القـانون الفيدرالـى (أى قـانون البـراءات)، والـذى يبيـح استعــمال واستغـلال الاختراعـات غير المشمولـة ببراءة، يتعـارض مــع أحكـام قوانيـن الولايات المختلفة التى تحظر ذلك. ومن ثم فإن دفع نفقـــات أو مقـابل معــين للمرخـص بتكنولوجيـا غـير مشـمولة بـبراءة اخـتراع يكـون علـــى غـير أســـاس(١٧٢). ولقـد اتبعـت المحكمـة فى رفض هذه الحجـة نفس المنهج الذى

---

(١٧١) انظـر:

Aronson v. Quick Point Pencil Co., 440 U.S. 257 (1979).

(١٧٢) الحكم السابق، فى ص ص ٥٧ - ٢٥٨.

سلكته المحكمة فى قضية Kewanee من تأييد الحق فى حماية ملكية المعرفة الفنية فى ظل قوانين الولايات ومبادئ الشريعة العامة (١٧٣).

وإذا كانت الشريعة العامة Common Law تحمى المعرفة الفنية بإعتبارها حقا من حقوق الملكية وفقا للمفهوم الفنى لهذا الإصطلاح فإن القوانين الجنائية سواء على المستوى الفيدرالى، أو على مستوى الولايات تقوم بحمايتها أيضا بإعتبارها من حقوق الملكية على نحو ما سوف نعرض له فيما يلى.

ثانيا - مدى اعتبار المعرفة الفنية حقا من حقوق الملكية فى ظل القوانين الجنائية:

حرصت القوانين الفيدرالية وكذلك القوانين التى صدرت على مستوى الولايات المختلفة فى مجال القانون الجنائى على تأكيد الحق العينى على المعرفة الفنية، فجعلت الاستيلاء عليها داخلا فى مفهوم جريمة السرقة. وعلى المستوى الفيدرالى، صدر القانون الوطنى لمعاقبة سرقة الملكية National Stolen Property Act وذلك فى عام ١٩٧٦ (١٧٤). كما أصدرت الولايات المختلفة قوانين مماثلة. ونطاق بحثنا يضيق بطبيعة الحال عن معالجة كل هذة القوانين. على أننا سنقوم بعرض فكرة الملكية على

---

(١٧٣) الحكم السابق، فى ص ٢٦٦.

(١٧٤) أنظر:

National Stolen Property Act, U.S.C. 2314 (1976).

كما هو مشار إليه فى:

Michael Epstein, Criminal Liability for Misappropriation of Trade Secrets ......

المقالة المشار إليها سابقا، فى ص B 5 - 5 (هامش ١).

المعرفة الفنية وإمكانية تطبيقها فى القانون الفيدرالى، ثم الإشارة إلى بعض قوانين الولايات التى حرصت على تأكيد هذا الطابع.

(أ) المعرفة الفنية هى حق ملكية وفقا لمفهوم القانون الفيدرالى الخاص بسرقة البضائع المسروقة:

يحظر القانون الفيدرالى الصادر عام ١٩٧٦، والخاص بسرقة الملكية، نقل transportation الأشياء المسروقة، بين الولايات المختلفة أو فى مجال التجارة الخارجية، وذلك إذا زادت قيمة الشئ الذى تم الاستيلاء عليه على خمسة آلاف دولار أمريكى. على أنه يشترط أن يكون الشئ المسروق الذى يتم نقله عبر الولايات أو خارج الولايات المتحدة الأمريكية داخلا فى مفهوم الأشياء أو البضائع المنقولة (Goods, wares or merchandises)، والتى تبلغ قيمتها خمسة آلاف دولار أمريكى أو أكثر [١٧٥].

ولقد طبقت العديد من المحاكم الفيدرالية هذا القانون بصدد سرقة الأسرار التجارية، حيث أدخلتها فى مفهوم الأشياء أو البضائع المنقولة، واعتبرت الاستيلاء عليها فى عداد سرقة شيئ مملوك للغير، وبالتالى إضفاء الحماية الجنائية الخاصة بصيانة حق الملكية [١٧٦].

---

(١٧٥) أنظر المقالة السابقة، فى ص B 5 - 6.

(١٧٦) أنظر على سبيل المثال الأحكام الآتية:

United States v. Bottone, 365 F. 2d 389 (2d Cir.); United States v. Leste, 282 F. 2d 750 (3d Cir. 1960).

هذان الحكمان مشار إليهما. فى مقالة Michael Epstein, المشار إليها سابقا، فى ص B 5 - 6 ، هامش (٣).

ومن الواضح أنه لكى يحصل تطبيق لنصوص هذا القانون فلابد وأن يكون محل المال المستولى عليه بضائع معينة. وعليه، فإنه من الأهمية بمكان تحديد الوسيلة التى تم بها تجسيد الأسرار التجارية. ولقد جرت المحاكم الأمريكية على اعتبار أن هناك استيلاء على الأسرار التجارية إذا كانت مكتوبة أو مسجلة على أوراق خاصة بالشركة مالكة المعرفة الفنية.

ففى قضية United States v. Greenwald [(١٧٧)]، والتى تضمنت قيام بعض الباحثين فى شركة Pearsall ، المالكة لبعض المعارف الفنية فى شكل تركيبات كيميائية من شأنها تأخير انتشار النيران عند اندلاع الحرائق، بسرقة الوثائق المسجل عليها هذه الأسرار التجارية وبيعها إلى إحدى الشركات المنافسة لقاء مبلغ أربعين ألف دولار. وكانت شركة Pearsall هى الوحيدة التى تمتلك هذا السر التجارى، مما كان يمنحها ميزة تنافسية كبيرة فى هذا المجال. ولكن ثار التساؤل عما إذا كانت المعرفة الفنية أى المعلومات الكيميائية يمكن أن تدخل فى مفهوم "البضائع" المسروقة التى يتم نقلها من ولاية إلى أخرى؟

هنا ركزت المحكمة على الشكل الذى حصل فيه تجسيد لهذه المعرفة، مؤكدة أن هذه الوثائق المسروقة كانت ملكا لشركة Pearsall وعلى أوراق خاصة بها. وهى وثائق هامة لها قيمة كبيرة فى سوق المعالجة الكيميائية للحريق. على أنه وإن كان من المهم الأخذ فى الاعتبار الشكل الذى تتجسد

---

(١٧٧) انظر:

United States v.Greenwald, 479 F. 2d 320 (6th Cir.)

مشار إليه فى مقالة Epstein ، المشار إليها سابقا فى ص 7 - B 5 .

فيه هذه المعلومات، فإن القيمة الحقيقية لها هى فى ذات المعلومات، وليس مجرد الأوراق المكتوبة أو المسجلة عليها [١٧٨]. أيضا فى قضية: United States v. Lester [١٧٩] توصلت المحكمة إلى حل أكثر جرأة. وتتلخص وقائع هذه القضية فى سرقة أحد العاملين فى شركة Gulf Oil Company لبعض الخرائط الجيولوجية التى تحدد مواقع اكتشاف البترول، وقيامه ببيعها إلى شركة Lester المنافسة، ليس فقط عن طمع فى الربح وإنما أيضا بدافع الانتقام من الشركة صاحبه المعلومات بسبب تخطيها له فى الترقية، مع تعهد شركة Lester بدفع مبلغ معين بالإضافة إلى عمولة تؤدى إليه نظير اكتشاف أى بئر بترولى جديد بناء على هذه المعلومات الجيولوجية. وعندما وجهت إلى العامل تهمة السرقة قال محاميه بأن القانون يتطلب لوجود هذه الجريمة أن يكون هناك نقل لبضائع معينة مملوكة لشخص آخر، ولما كان العامل لم يقم بنقل الخرائط الجيولوجية ذاتها والمملوكة لشركة Gulf ، وإنما قام بتصويرها، فمن ثم لم يتحقق أى نقل Transportation للمستندات الأصلية المملوكة لشركة Gulf ، وبالتالى فليس هناك استيلاء على حق الملكية. ولقد رفضت المحكمة هذا الدفاع وقالت إن الملكية تتمثل أصلا فى المعلومات السرية التى توضحها الخرائط، ذلك لأن المنافس لن يدفع ثمنا باهظا فى أوراق ما إلا لما تمثله من قيمة معينة.

---

(١٧٨) القضية السابقة فى ص ص ٣٢٠ – ٣٢١. كما هو مشار إليها فى Epstein .

(١٧٩) أنظر:

United States v. Lester, 282 F. 2d 750 (3d Cir. 1960).

كما هو مشار إليه فى Epstein ، المقالة المشار إليها سابقا، فى ص 8 - B 5 .

ومن ثم لا يهم الوسيلة أو الأداة التى انتقلت بها هذه المعلومات، وسواء كان ذلك عن طريق المستندات الأصلية أو عن طريق صور Copies أخذت لها (١٨٠). وأكدت المحاكم الأمريكية المعنى السابق فى قضية United States v. Bottone (١٨١)، حين قام أحد العاملين فى شركة Cynamaid، وهى إحدى الشركات الكبرى فى الصناعات الكيميائية، بسرقة المعلومات المرتبطة بحياة بعض الكائنات الدقيقة - micro organism وبيعها إلى شركة منافسة. وادعى العامل عدم حصول السرقة على أساس أن الأوراق التى نقل عليها هذه المعلومات كانت ملكا له، وليست ملكا للشركة. حينئذ أعلنت المحكمة أنه على الرغم من أن الأوراق التى تم نقلها إلى الشركة المنافسة هى ملك للعامل، إلا أن المقصود بالملكية فى معنى القانون، هى ملكية المعلومات نفسها، وليس ملكية السند المادى الذى تتجسد فيه. والسند المادى ما هو إلا مجرد أداة نقل المعرفة الفنية (١٨٢).

والواقع أن الأحكام السابقة كانت تعالج مسألة سرقة المعرفة الفنية كلما تجسدت فى سند مادى معين. ولكن المشكلة الحقيقية تكمن فى حماية نقل المعرفة الفنية متجردة عن أى سند مادى. ومثال ذلك أن يقوم أحد العاملين فى مشروع ما باستيعاب وحفظ المعلومات السرية فى ذاكرته memory ، ثم الإفشاء بها إلى مشروع منافس. فى هذه الحالة، هل يمكن القول بأن هذه المعلومات المجردة عن أى سند مادى، يمكن أن يطبق عليها وصف

---

(١٨٠) القضية السابقة فى ص ص ٧٥٢ – ٧٥٥.

(١٨١) أنظر:

United States v. Bottone, 365 F. 2d 389 (2d Cir. 1966)

كما هو مشار إليه فى Epstein ، المقالة السابقة فى ص 10 - B 5 .

(١٨٢) الحكم السابق فى ص ٣٩١.

"البضائع" goods التى يتم نقلها بين الولايات؟. فى الواقع إنه قد يكون من الصعب فى هذه الحالة قبول القول بأن المعرفة الفنية، التى لا تتجسد فى سند مادى، يمكن أن تمثل بضائع بالمعنى الدقيق. ولذلك فلقد حرصت نقابة المحامين الأمريكية، قسم براءات الاختراع والعلامات التجارية، على اقتراح إدخال تعديل على نص القانون بحيث يتم تجريم نقل أى "سر تجارى، أو شئ يتضمن سرا تجاريا ..." طالما تم الاستيلاء عليه بطريقة غير مشروعة (١٨٣). وبهذا المعنى يتأكد المعنى الحقيقى على ملكية المعرفة الفنية ذاتها، بغض النظر عما إذا كان هناك سند مادى معين يجسدها، أو لا يوجد مثل هذا السند.

(ب) <u>فكرة ملكية المعرفة الفنية فى القوانين الجنائية للولايات:</u>

تبنت العديد من الولايات الأمريكية قوانين جنائية معينة تجرم الاستيلاء على الأسرار التجارية أو سرقتها. وحددت هذه القوانين بشكل صريح دخول الأسرار التجارية فى مفهوم حقوق الملكية التى يكون الاستيلاء عليها أو سرقتها موضوعا للتجريم (١٨٤). من ذلك ما نصت عليه المادة العاشرة من التقنين الجنائى لولاية الاباما من أن موضوع الملكية المقصودة فى مفهوم هذا القانون تنصرف إلى أى "نقود، حقوق الملكية الشخصة المادية أو المعنوية، الملكية العينية (التى يمكن أن يتغير محلها) شاملة الأشياء القابلة

---

(١٨٣) أنظر مقالة Epstein السابقة، فى ص B 5 - 12 ، هامش ٤٦.

(١٨٤) أنظر بصفة خاصة فى القوانين الجنائية للولايات الأمريكية المختلفة، والخاصة بسرقة الأسرار التجارية، مقالة Epstein ، السابق الإشارة إليها، بعنوان: Criminal Liability .... المشار إليها سابقا، فى ص ص B 5 - 22 , B5 - 158 .

وأنظر بصفة عامة:

Don Wiesner & Anita Cava, Stealing Trade Secrets Ethically, Vol. 47 Maryland Law Review, 1075 - 1128 (1988).

للزيادة، أو تلك الثابتة فى الأرض، أو الثابتة فى مستندات، الحقوق العقدية، الحق فى التصرف، المصلحة أو الحق فى المطالبة، الائتمان، أو أى سلعة أو شئ ذى قيمة معينة ومن أى نوع" (١٨٥).

كذلك فإن القانون الجنائى لولاية اركنساس ينص فى المادة ٦ على أن مفهوم حق الملكية ينصرف إلى "الحقوق المعينة على الأشياء المادية، والحقوق على الملكية الشخصية والمعنوية، شاملة النقود، أو أى أوراق أو وثائق تمثل أى شئ ذى قيمة معينة" (١٨٦). وهذا النص يدخل الأسرار التجارية فى مضمون حق الملكية، لأن المادة العاشرة من نفس القانون تعرف السر التجارى بأنه "يشمل المعلومات الفنية ككل أو جزء منها، تصميم، وسيلة، منتج، مركب ما، أو أى تحسين ليس فى متناول أى شخص عدا ذلك الشخص الذى يمتلكها ".. (١٨٧).

كذلك توجد نصوص مشابهة فى القانون الجنائى لولاية تكساس. فالفقرة أ / ٤ من الفصل ٥٠٣١ من هذا القانون تعرف السر التجارى بأنه "التكوين الكامل أو الجزئى لأى معلومات تقنية، تصميم، وسيلة، إجراء ما، مركب، أو أى تحسين ما له قيمة معينة عند المالك، والذى يأخذ المالك

---

(١٨٥) أنظر المادة العاشرة من:

Section 13 A - 8 - 1, Ala, Code tit. 13 A 13 A - 8 - 1 (1975).

كما هو مشار إليها فى: ...... Epstein, Criminal Liability السابق الإشارة الإشارة إليها فى ص 23 - B 5 .

(١٨٦) أنظر المادة السادسة من:

Section 41 - 2201 Ark. Sat. Ann. 41 - 2201 (1975).

كما هو مشار إليها فى مقالة Epstein ، السابقة فى ص ص 31 - B5 - 30 - B 5 .

(١٨٧) أنظر المادة العاشرة، من نفس قانون ولاية اركنساس، المشار إليه سابقا.

احتياطاته لكى لا يصل إلى علم الآخرين إلا هؤلاء الذين يختارهم المالك بنفسه لكى تكون لهم ميزة التعرف عليها". وتدخل الفقرة (B) من نفس الفصل هذه الأسرار فى عداد حقوق الملكية التى يشكل الاستيلاء عليها جريمة سرقة حيث تنص على أن "يكون الشخص مرتكبا للجريمة، لو أنه بدون الرضاء التام للمالك قد قام: ١ - بسرقة السر التجارى، أو ٢ - قام بعمل حق أو نسخ Copies من الوثائق أو الشئ الذى يتمثل فيه السر التجارى، أو ٣ - يقوم بالاتصال بالغير لإعلامه أو نقل السر التجارى إليه .." (١٨٨).

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة ولاية تكساس بمعاقبة أحد العاملين السابقين فى شركة Texas Instruments Automatic Computer Corp. على جريمة سرقة بعض برامج الكمبيوتر وبيعها إلى إحدى الشركات المنافسة. وفى معرض تسبيبها للحكم قالت المحكمة بأنه يتعين رفض حجة المدعى من أن قانون ولاية تكساس يعاقب على جريمة سرقة الأشياء المملوكة إذا بلغت خمسين دولارا، وأن الجريمة لذلك لم تتوافر لأن قيمة الشرائط التى سجلت عليها برامج الكمبيوتر لا تساوى أكثر من خمسة وثلاثين دولارا. فالقيمة الحقيقية للبضائع المسروقة لا تتمثل فى هذه الشرائط، وإنما فيما تحويه من معلومات. وعليه أسست المحكمة حكمها على أساس أن سرقة برامج الكمبيوتر نفسها كمعلومات يعتبر استيلاء على حق من حقوق الملكية بالمعنى الدقيق (١٨٩).

---

(١٨٨) أنظر Tex. Penal Code Ann. tit 7 31 - 05 (Vernon 1974) مشار إليه فى مقالة Epstein السابقة، فى ص 138 - B 5 .

(١٨٩) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

والواقع أن جميع الولايات الأمريكية قد تبنت، وبلا استثناء، قوانين جنائية تجرم سرقة الأسرار التجارية، واعتبار الاستيلاء عليها حقا من حقوق الملكية (١٩٠). لذا نكتفي بالأمثلة التي أوردناها في هذا الخصوص.

والخلاصة، أن القانون الأمريكي يعترف بحق ملكية المعرفة الفنية، كما أكد القضاء الأمريكي ذلك في أحكام قضائية كثيرة. والاعتراف بالحق في ملكية المعرفة الفنية كحق عيني، بالمعنى الدقيق، يتيح للمالك وسائل الحماية المكفولة للدفاع عن هذا الحق ضد أي اعتداء، أو أي استيلاء غير مشروع عليها. كما أن القانون الجنائي الفيدرالي، وكذلك القوانين الجنائية للولايات المختلفة، تجرم سرقة المعرفة الفنية، باعتبارها سرقة شئ مملوك لشخص ما.

وعليه، تظهر أهمية إضفاء حق الملكية على المعرفة الفنية إذا لم تكن تربط المالك بالشخص الذي استولى عليها أي رابطة معينة من روابط الثقة. أما إذا كانت رابطة معينة، أو علاقة ثقة ما تربط المالك بالمتلقي، فإن القضاء الأمريكي بصفة عامة يفضل تأسيس الحماية القانونية للمعرفة الفنية على ضرورة احترام هذه العلاقة، وذلك كما سيتضح لنا في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

Hancock v. State, 402 S.W. 2d 906 (Ct. Crim. App. 1966).

كما هو مشار إليه في مقالة Epstein ، السابق الإشارة إليها، في ص 140 - 5 B ، هامش (١٧٠).

(١٩٠) أنظر بصفة خاصة مقالة Epstein ، السابق الإشارة إليها.

المبحث الثانى
الأساس القانونى لحماية المعرفة الفنية
فى القانون الأمريكى (نظرية علاقة الثقة)

تمهيد وتقسيم

رأينا أن مبادئ الشريعة العامة فى القانون الأمريكى تعترف بحق الملكية على المعرفة الفنية؛ وعليه، فإن اغتصابها يمكن أن يؤدى إلى إثارة كل من المسئوليتين المدنية والجنائية. فحق الملكية يمكن أن يكون أساسا لدعوى المضرور. على أن المحاكم الأمريكية لا تستند إلى حق الملكية كأساس للحماية إلا إذا كان هو الأساس الوحيد الذى تبنى عليه الدعوى، أى فى حالة عدم وجود أى علاقة بين مالك المعرفة الفنية ومغتصبها. أما إذا توفرت علاقة معينة قائمة على وجود عناصر من الثقة بين مالك المعرفة الفنية والمتلقى لها، فإن المحاكم الأمريكية، بصفة عامة، تفضل بناء الحماية على وجود هذه العلاقة لأنها تخولها إضفاء حماية أكبر على المضرور مالك المعرفة الفنية (١٩١)، من ذلك مثلا إمكان الحكم له بتعويضات رادعة punitive damages ضد الشخص الذى أساء استخدام المعرفة الفنية خارج علاقة الثقة وبصفة خاصة إذا كان أساس التعويض هو نظرية المسئولية Tort .

---

(١٩١) أنظر فى هذا المعنى:

Turner, The Law of Trade Secrets .... المشار إليه سابقا فى ص ص ١٧٥ – ١٧٨.

وفيمـا يلـى سوف نقوم بعـرض نظرية عـلاقة الثقة والأسس الفنيـة التـى تبنى عليها، مع عرض بعض التطبيقـات القضائيـة لهـذه النظريـة. وعـليه، يمكن تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : مضمون نظرية عـلاقة الثقـة.

المطلب الثانى : الأسس الفنيـة لنظرية عـلاقة الثقة.

المطلب الأول
مضمون نظرية علاقة الثقة

أولا – فكرة علاقة الثقة:

تقوم نظرية علاقة الثقة Confidential relationship على فكرة أن مالك المعرفة الفنية له الحق فى منع شخص المتلقى الذى تربطه به علاقة خاصة من القيام باستعمال أو استغلال هذه المعرفة فى خارج نطاق هذه العلاقة، لجنى ميزات معينة أو للإضرار بالمالك (١٩٢).

وعلى مالك المعرفة الفنية أن يبرز سرية هذه المعرفة وجدارتها بالحماية القانونية (١٩٣)، ثم عليه اثبات أن المعرفة قد وصلت إلى المتلقى عن طريق علاقة خاصة تخول للأخير الحصول على المعلومات السرية بطريق مشروع (١٩٤). وهذه العلاقة الخاصة تتألف من ثلاثة عناصر: فأولا، يتعين

---

(١٩٢) أنظر فى ذلك:
Michael Epstien, Modern Intellectual Propery .... المشار إليه سابقا، فى ص ٥٨.
أنظر أيضا : ...... Milgrim, Trade Secrets المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الرابع، فى ص ١٢. وأنظر كذلك فى عرض مفهوم نظرية علاقة الثقة فى القانون الأمريكى، الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة فى الآليات .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٦٣، وكذلك راجع الأحكام القضائية التى عرض لها، فى ص ١٦٣ – ١٦٥ من ذات المرجع.
(١٩٣) أنظر:
Turner, The Law of Trade Secrets .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٨٢.
(١٩٤) أنظر:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ....
المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٣٨.
أنظر كذلك:

أن يكون مالك المعرفة الفنيـة واضعـا ثقـة ما فى المتلقى، ليس فقط فى القيام بواجب معين أو الامتناع عن فعل ما، وإنما فـى التزامـه العـام بالمحافظـة على مقتضيـات هذه الثقـة؛ فالتزام المتلقى بالسرية لا ينشأ عن واقعـة الإفشاء له بخبايا المعـرفة الفنية، وإنما بسبب وجود عـلاقة ثقـة سـابقة أو معـاصرة لاتصال علمه بها [١٩٥]. والثقـة المقصـودة ليست ثقـة متبادلة، إنما هى ثقـة من منظـور مالك المعرفة، أى الثقـة التى يقدر هو مداها وأهميتها [١٩٦]. وثانيـا، يجب أن يعلم المتلقى بوجود هذه الثقـة. ويتحصـل هـذا العـلم إمـا مـن وجود شرط صريح فى العقد، أو شرط ضمنى يشير إلى ذلك. ومع هذا فـلا يجب إعفاء المتلقى من العـلم بوجـود هـذه الثقــة عنـد تخلـف الشـرط الصريـح أو الضمنى بذلك، إذ يكفى لاستخراج هذا العلم أن تشير الظروف التـى حصلت فيها العـلاقة إلى وجود ما يبرر اعتقاد المتلقى بـأن مـالك المعـرفة الفنيـة قد وضع ثقته فيه [١٩٧]. وأخيرا، فإن عـلاقة الثقــة تفترض وجـود الـتزام عـام

James Staples & Bertagonli, Know - How in the United States ....
المرجـع المشار إليـه سابقـا فى ص ٢٧٨.
أنظـر أيضـا:

Tuth E. Leistensnider, Trade Secret Misappropriation : What is the Proper Length of an Injunction after public disclosure? Vol. 51 Albany Law Review, 271 -292, (1987).

وبصفـة خاصة فى ص ٢٧٩.

(١٩٥) أنظـر:

Milgrim, Trade Secrets ..... المرجع المشـار إليـه سـابقا، الجـزء الأول، الفصل الرابع، فى ص ١٩.

(١٩٦) أنظر فى هذا المعنى:

Milgrim, Trade Secrets .... المرجع السـابق، فـى ص ١٩. ويـبرر البعـض ذلك على أساس أن ما تم الإفشـاء به هو حق ملكيـة ينبغـى صيانته فى كل الأحوال من منظور المالك: أنظر:

Dessemontet, The Legal Protection ...... المرجـع السابق الإشـارة إليـه، فـى ص ٣٣٨.

(١٩٧) أنظـر Milgrim ، المرجـع السابق، فى ص ١٩. أنظـر أيضـا:
Michael Epstein, Modern Intellecual Property

على عاتق المتلقى بعدم إفشاء سرية المعرفة الفنية خارج نطاق العلاقة بينهما، أو استعمالها بطريقة تضر بالمالك الأصلى. ويلاحظ أن التزام المتلقى بالحفاظ على السرية ليس فقط التزاما عقديا وإنما هو أيضا التزام قانونى Legal duty [١٩٨]، ومن ثم، فإن مالك المعرفة الفنية يمكن أن يؤسس دعواه على نظرية العقد ونظرية المسئولية التقصيرية Tort معا، وذلك كما سنرى لاحقا. وهذا جائز طبقا لقواعد الشريعة العامة، حيث لا يجبر المضرور على الخيار بين الاستناد إلى أى من المسئوليتين العقدية أو التقصيرية[١٩٩] .

والواقع أن الأمثلة على هذه العلاقات الخاصة كثيرة ومتنوعة. ولعل أبرزها علاقة رب العمل بالعامل. فلقد حكم بأن علاقة العمل تنشئ، فى حد ذاتها، علاقة ثقة بين رب العمل والعامل، بحيث يكون من بين التزامات العامل ألا يقوم باستخدام الأسرار التجارية، التى وصلته خلال رابطة العمل، لمصلحته الخاصة أو إذاعتها لمنافس رب العمل [٢٠٠]. كما ذهبت أيضا

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٥٨.

(١٩٨) أنظر:

Milgrim, Trade Secrets ...... المرجع السابق، فى ص ص ١٩ – ٢٠.

(١٩٩) أنظر فى ذلك:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ...

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٢٢.

(٢٠٠) أنظر:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property .....

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٥٩.

أنظر أيضا:

Turner, The Law of Trade Secrets ..... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٨٧، وما بعدها. والأحكام القضائية الكثيرة المشار إليها فيه، وبصفة خاصة فى ص ص ٢٨٨ – ٢٩٦ من ذات المرجع.

بعض الأحكام الأمريكيـة إلـى أن عقد الترخيص باستخدام المعـرفة الفنيـة ينشئ علاقة ثقـة بين المرخص والمرخص له تلزم الأخير بالمحافظـة على السرية، حتى ولو لم يوجد شرط صريـح أو ضمنـى بذلـك (٢٠١). كمـا طبقت المحـاكم الأمريكية نظريـة الثقـة فـى العـلاقة بين المرخـص Franchisor والمرخص له Franshisee فى عقد الامتيـاز التجارى Franchising، حيث ذهبت إحدى المحاكم بأن هذا العقد يقيم التزاما على عاتق المرخص له بعدم إفشاء الأسرار الخاصة بقائمـة الموردين الذين يتعـامل معـهم المرخص بالنظر إلى أهميـة هذه المعلومات وخطورة آثارها بالنسبة لعقد الامتياز نفسه(٢٠٢).

= وأنظر أيضـا فى تطبيقات ذلك:

Thornton Robinson, The Confidence Game: An Approach to the Law about Trade Secrets, Vol 25 Arizona Law Review 347 - 393 (1983).

وبصفـة خاصة فى ص ص ٣٧٢ – ٣٨٣.

(٢٠١) ومن ذلك الحكم الصادر فى قضيـة:

Schreyer v. Casco Prods. Corp, 190 F. 2d 924 (2d Cir. 1951).

حيث ذهبت المحكمـة إلى أنـه على الرغم من غياب شرط صريح على الالتزام بالسرية، فإن مفاوضات عقد الترخيص بين الطرفين كانت تشير إلى أن المرخص كان ينـوى ألا يتيح للمرخص له استعمال المعرفة الفنيـة خارج النطـاق المحدد فى العقد نفسه. هذا الحكم مشار إليـه فى:

Micheal Epstein, Modern Intellectual Property.

المرجع المشار إليـه سابقـا فى ص ٥٩، هامش (١٤)،

وأنظـر أيضـا:

Turner, The Law of Trade Secrets ...... المرجع المشار إليـه سـابقا، والأحكـام القضائية الكثيرة المشار إليها فيه، فى ص ص ٣١٦ – ٣٢٥ من ذات المرجع.

(٢٠٢) أنظر الحكم الصادر فى قضيـة:

General Business Services, Inc. v. Rouse, 495 F. Supp. 5276, 531 - 32 (E.D. Pa. 1980).

كمـا هو مشـار إليـه فى:

Epstein, Modern Intellectual Property ... المرجع السابق الإشارة إليـه، فى ص ٦٠، هامش (١٧).

على أنه يتعين ملاحظة أن القضاء الأمريكى لا يشترط لقيام الالتزام بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية على عاتق المتلقى أن يتم إبرام عقد ما، ذلك أنه يكتفى لاستخلاص علاقة الثقة أن يكون الأطراف قد بدأوا فى صياغة عقدهم أو المفاوضة بشأنه. فعلاقة الثقة تبدأ من الوقت الذى يتصل فيه علم المتلقى بالمعلومات الفنية السرية، حتى ولو لم يتم انعقاد عقد ما. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فلا يشترط، لكى يقيم مالك المعرفة الفنية دعواه ضد المتلقى بالالتزام بالسرية أو عدم استخدامهما خارج الحدود المرخص بها أو المسموح بها، أن يحصل فعلا إفشاء للسرية أو استعمال غير مرخص به، وإنما يكفى أن يكون هناك احتمال لحصول ذلك والإضرار بالمالك وبمصالحه (٢٠٣). ويفسر هذا الحكم على أساس أن مطالبة المالك بالانتظار إلى حين حصول الضرر فعلا قد يكون أمرا من الصعب تداركه، إذ بإفشاء سرية المعرفة الفنية يذوب حق المالك عليها، ولا يبقى له إلا الحصول على التعويض damages ، بينما إتاحة الفرصة للمالك فى إقامة الدعوى حتى قبل حصول الإفشاء بالسرية يمكنه من فرصة الحصول على ما يعرف فى القانون الأمريكى بالأمر القضائى Injunction لإلزام المتلقى للمعرفة الفنية بالكف عن أى عمل من شأنه الإضرار به.

على أنه يتعين علينا أن نشير فى هذا المقام إلى أن علاقة الثقة، وإن كانت تنشأ فى الكثير من الأحوال مرتبطة بعقد ما، سواء كان هذا العقد صريحا أم ضمنيا، فإن القضاء الأمريكى يسمح بقيام هذه العلاقة خارج نطاق الأفكار التعاقدية، وهذا على خلاف القضاء الانجليزى الذى يربط بينها

---

(٢٠٣) أنظر Epstein ، المرجع السابق فى ص ص ٦١ – ٦٢.

وبين العقد (٢٠٤). فالقضاء الأمريكى يتوسع فى مفهوم علاقة الثقة ويمدها خارج نطاق العلاقات العقدية. وهنا تتجلى أهمية نظرية علاقة الثقة كأساس لحماية المعرفة الفنية حيث يقوم القضاء بإلزام شخص المتلقى لها بالحفاظ على سريتها وعدم إساءة استعمالها، حتى عند تخلف أى التزام عقدى يلزمه بذلك صراحة أو ضمنا. وهناك تطبيقات قضائية عديدة فى القانون الأمريكى لهذه الفكرة. وسوف نشير إلى البعض منها فى المطلب الثانى من هذا المبحث عند الكلام عن التطبيقات القضائية لنظرية علاقة الثقة. على أننا نكتفى هنا بالإشارة إلى أحد هذه التطبيقات الهامة، وهى حالة قيام نوع من التعاون بين طرفين لحل مسألة فنية معينة، دون وجود أى تعاقد بينهما. ففى قضية: International Industries v.Warren Petroleum (٢٠٥) والتى تضمنت اهتمام كل من الشركة المدعية، والشركة المدعى عليها بنقل غاز البترول المسال، فأرسل المدعى إلى المدعى عليه دراسة اقتصادية حول كل الجوانب التى يجب مراعاتها لنقل مثل هذا الغاز.

وتضمنت وقائع القضية تقدير المدعى عليه لأهمية هذه الدراسة. كما قام المدعى بعدئذ بالتخطيط لتنفيذها. وتم عقد اجتماع بين ممثلى الشركتين لتبادل الرأى حول هذه المسألة. على أن الشركة المدعية، أعلنت عندئذ عدم

---

(٢٠٤) أنظر فى ذلك:

Turner, The Law of Trade Secrets ..... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٠٧ – ٣٠٨.

(٢٠٥) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

International Industries v. Warren Petroleum, 91 U.S.P.Q 198 [99 F. Supp. 907] (D.C. Del 1991).

وهو حكم مشار إليه فى:

Turner, The Law of Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣١٢.

اهتمامها بأسلوب معالجة الشركة المدعية للمشكلة، وأنها ستستأنف أبحاثها حول هذه المسألة بطريقة مستقلة. هنا قالت المحكمة بأن الطرفين انصرف اهتمامهما لبحث نفس المشكلة، وأن المعلومات التى أدلى بها المدعى، تم تبادلها على أساس من الثقة، ومن ثم فلا يكون للشركة المدعى عليها، بعدئذ أن تستخدم نتائج هذا البحث بأى طريقة، وإلا تكون قد هدمت الثقة التى وضعها فيها المدعى.

ويثور التساؤل عما إذا كانت نظرية علاقة الثقة تنحصر بين أطراف هذه العلاقة، أم أن آثارها يمكن أن تمتد إلى الغير، بحيث يمكن إلزامه بعدم استخدام المعرفة الفنية دون إذن المالك، والالتزام بعدم إفشاء سريتها مثله فى ذلك مثل الشخص الذى تلقاها من خلال علاقة الثقة؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه، وفقا لأحكام القانون الأمريكى فى الفقرة التالية.

ثانيا – مدى امتداد آثار نظرية علاقة الثقة إلى الغير:

قد يحدث أن يستفيد الغير Third Party بطريقة ما من المعارف الفنية التى اكتسبها المتلقى عند ارتباط هذا الأخير بعلاقة ثقة مع مالكها. ومثال ذلك قيام العامل الذى حصل على أسرار المعرفة الفنية من الشركة المالكة لها بترك الخدمة فيها، والالتحاق بوظيفة أخرى لدى شركة منافسه. فهل يمتد أثر علاقة الثقة بين العامل ورب العمل الأول، ويتم منع الشركة الثانية المنافسة من استخدام المعرفة الفنية، على الرغم من أن هذه الشركة الأخيرة لم تكن طرفا فى هذه العلاقة بأى شكل من الأشكال؟

هنا تجب التفرقة بين ما إذا كان الغير حسن النية أم سيئ النية.

الفرض الأول: إذا كان الغير حسن النية: فى هذا الفرض نواجه شخصا لا يعلم بوجود المعرفة الفنية فى حوزة من يتعامل معه. مثال ذلك قيام أحد العاملين فى شركة ما، بعد العمل لديها واتصال علمه بالمعرفة الفنية والتزامه بمقتضى علاقة ثقة بعدم الإفشاء عنها للغير، بالالتحاق بالعمل فى شركة منافسة مع عدم علم هذه الأخيرة بأن هذا العامل يحوز معلومات سرية لا يمكنه استخدامها خارج نطاق علاقة الثقة السابقة. ومع هذا يقوم هذا العامل، لسبب أو لآخر، بإفشاء سرية هذه المعرفة الفنية إلى الشركة المنافسة. الفرض إذا أن الغير حسن النية Innocent ، ومع هذا فإن استخدامه للمعرفة الفنية التى حصل عليها بهذا الاسلوب غير مشروع لأنه يشكل اعتداء على حق المالك الأصلى [٢٠٦].

لا شك أن الشركة الأولى المالكة للمعرفة الفنية يمكنها أن تقطع كل السبل على الغير حسن النية، وذلك إذا ما أخطرته صراحة، بمجرد التحاق العامل للعمل لديه بأن هذا العامل يحمل أسرارا تجارية معينة أو معارف فنية على درجة كبيرة من الأهمية، وأن أى استخدام لها يمثل ضررا لها. فى هذه الحالة، فإن مثل هذا الإخطار Notice يؤدى دورا وقائيا فى مواجهة الغير حسن النية [٢٠٧].

---

(٢٠٦) أنظر فى طرح هذا الفرض ومناقشته:
Turner, The Law of Trade Secrets ... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٤١٣ – ٤١٨.

(٢٠٧) أنظر:

ومع هذا جرى القضاء الأمريكى على الحكم بمنع الغير حسن النية من استخدام المعرفة الفنية بأى حال من الأحوال إذا دلت ظروف الحال على أنه على الرغم من حسن نيته(٢٠٨)، إلا أنه كان يتعين عليه التنبه إلى وجود علاقة الثقة السابقة والتى تمنع العامل من الإفشاء بأسرار المعرفة الفنية. ولعل قضية (٢٠٩) Rise من أهم السوابق القضائية فى هذا الخصوص. فلقد قامت شركة Carter بتطوير نوع جديد من أنابيب كريم الحلاقة تحت اسم Rise . أما شركة Colgate Palmolive فلقد بذلت محاولات عديدة ولمدة ستة أشهر كاملة، وفى ظل أبحاث مكثفة، للتوصل إلى تحليل المنتج reverse engineering من أجل التعرف على سر التركيبة الخاصة بالمنتج Rise . ومع هذا، باءت مجهوداتها بالفشل. وبعد فترة وجيزة قام أحد العاملين السابقين فى الشركة الأولى أى شركة Carter بترك الخدمة، والالتحاق بوظيفة لدى شركة Colgate . وكان هذا العامل كيميائيا على علم بسر تركيبة Rise . على أنه عند التحاقه بشركة

= Milgrim, Trade Secrets, المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الخامس وبصفة خاصة فى ص ص ٩٠ – ٩١.

(٢٠٨) وهذا ما يطلق عليه البعض التنبيه الضمنى Implied Notice . أنظر فى ذلك: Dessemontet, The Protection of Know - How .... المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ٣٦٢. يذكر هذا المؤلف أن المقصود بحسن النية هو:

"Actually good faith is defined as being ignorance of the obligation of secrecy. But the judge cannot know what was going on inside the defendant's mind; he has to content himself with appcarnces and assumptions. Consequently, Unless the bad faith of a third party be proved by his own admission, or an actual notice be served on him by the owner in good and proper form, the judge shall be satisfied if bad faith is only seemingly probable".

أنظر مؤلف Dessemontet ، السابق، فى ص ٣٦١ – ٣٦٢.

(٢٠٩) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

Carter Prods. Inc. V.Colgate Palmolive Co., 130 F. Supp. 557 (195).

Colgate لم يفصح بأى طريقة من الطرق عن معرفتـه وعـلمه بالأسرار التجارية التى اكتسبها أثناء فترة عـمله السابقة فى شركـة Carter. كما أن شركـة Colgate لـم تكـن تـدرى عـن وجـود أى عـلاقة ثـقـة بيـن العـامل والشركـة المالكـة للمعـرفة الفنيـة الخاصـة بالمنتج Rise . ولكـى يـبرز هـذا العـامل فى الشركـة الجديدة قام بإرشادهم عن الأخطاء التى وقعوا فيها عند تحليلهم لعناصر المنتج، وإن لم يكن قد أعطـاهم صراحــة المعـرفة الفنيــة، إلا أن ذلك كان كافيا لمعرفة التركيب الكيميائى للمنتج والبدء فـى تصنيعـه. عندئذ قامت الشركـة الأولـى Carter برفـع دعـوى ضـد شركـة Colgate لوقـف هـذا التعـدى(٢١٠). ولقـد أصـدرت المحكمـة الفيدراليـة حكمــا بمنـع استمرار شركـة Colgate من استخـدام المعـرفة الفنيـة مـع تحملها بدفـع تعويض قـدره خمسة ملايين دولار للشركــة المدعـية. وفـى تسبيب حكمهـا قالت المحكمـة أنه على الرغـم مـن أن الشركــة المنافسـة كـانت فعـلا حسـنة النية، بمعنــى عـدم عـلمها بعـلاقة الثقـة التـى تربـط بيـن العـامل وشركـة Carter ، إلا أن حسن النية ينتفـى فـى هـذه الحـالة لأن مقتضيـات المنافسـة الشريفـة fair business dealing ، كانت تقتضى من شركـة Colgate عـدم الوقوف عنـد المظهـر السطحـى للأمور، وأن تتقصـى مـا وراء هـذا العـامل المنقول إليهـا، وبصفـة خاصـة، أنــه جـاء مـن شركـة منافسـة قـامت فعـلا بتطوير المعرفة الفنيـة للمنتج محل المنافسة. وإن تجـاهل الشركــة المدعـى عليها القيام بما تفرضـه قواعد المنافسـة الشريفــة مـن شـأنه أن ينفـى حسـن النية (٢١١).

---

(٢١٠) أنظـر وقـائع القضيـة، فى الحكم السابق، فى ص ص ٥٧٢ - ٥٧٣.
(٢١١) الحكم السابق فى ص ص ٥٧٣ - ٥٧٤.

على أنه فى الأحوال التى يكون فيها الغير حسن النية وفقا للمعيار الذى أرسته المحكمة فى قضية Colgate ، فإن مدونة المسئولية Restatement of tort تجعله أهلا للحماية والاستمرار فى استعمال المعرفة الفنية، طالما لم يتلق اخطارا من المالك الأصلى يعرفه بوجود علاقة ثقة تحرم على الشخص الذى أدلى بأسرار المعرفة الفنية إليه من الإفشاء بها أصلا (٢١٢). على أن المدونة تشترط حصول هذا الإخطار فى وقت مناسب (٢١٣). إذ لا فائدة من الإخطار إذا كان الغير حسن النية قد بدأ فعلا فى الاستثمار بناء على المعرفة الفنية التي اتصلت بعلمه وأنفق فى سبيل اخراج المنتج أموالا طائلة، فقواعد العدالة تفرض فى هذه الحالة استمراره في الاستغلال، وإلا ضاعت عليه أمواله (٢١٤). وهذا أمر يؤكد الحماية الهشة لمالك المعرفة الفنية. على أن قواعد العدالة تملى حتى فى هذه الحالة أن يقوم هذا الغير بدفع مقابل عادل للمالك الأصلى (٢١٥).

---

(٢١٢) وفى ذلك تقول مدونة المسئولية:

"One who learns another's trade secret from a third person without notice that is secret and that the third person's disclosure is a breach of his duty to the other, or who learns the secret through a mistake without notice of the secrecy and the mistake,

(a) is not liable to the other for a disclosure or use of the secret prior to receipt of such notice, and

(b) is liable to the other for a disclosure or use of the secret after the receipt of such notice, unless prior thereto he had in good faith paid value for the secret or has so changed his position that to subject him to liability would be inequitable".

أنظر الفصل رقم ٧٥٨ من مدونة المسئولية الأولى، مشار إليها فى: Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٩٧ من الفصل الخامس، الجزء الأول.

(٢١٣) أنظر مدونة المسئولية، السابق الإشارة إليها، فى فقرة (a).

(٢١٤) أنظر مدونة المسئولية، السابق الإشارة إليها فى فقرة (b).

(٢١٥) ولكن يثور التساؤل عن تقدير المقابل المادى الذى يتعتين على الغير حسن النية أداؤه إلى المالك الأصلى للمعرفة الفنية عن قيامه باستعمالها فى الفترة السابقة على

الفرض الثانى: إذا كان الغير سيئ النيـــة (٢١٦) إذا كان الغـير سيئ النيـة(٢١٧) ، وقـام باستغـلال المعـرفة الفنيـة التي وصلته عن طريق شـخص كان من المفروض أن يلتزم بالحفاظ على سريتها فى نطاق عــلاقة ثقــة مـع مالكها الأصلى، فإن القضـاء الأمريكـى عـادة مـا يـأمر الغـير بالامتنـاع عـن الاستمرار فى الاستعمال أو الاستغلال، مع الحكم بالتعويض العادل (٢١٨).

ومع هذا، فإن إثبات سوء النية ليس أمرا سهلا، وخاصـة أن الغـير لا يتعـامل مباشرة مع مالك المعرفـة، ثم إنه سيحاول إخفاء سوء النيـة بأساليب عديدة. ومن الطرق التى يتم بها إخفاء سوء النيـة، قيام الغير بتشكيل شركـة جديدة مع العامـل الذى حصل على أسـرار تجاريّة فـى عـلاقة سـابقة مـن

= الاخطار؟ يذهب القضـاء الأمريكى فى مجموعـه إلى أنه على القاضى أن يأخذ فى الاعتبار المدة التى حصل فيها استعمال المعرفة الفنيـة، وأن يقوم هذا الغير بدفع نفقـات التكنولوجيـا، كما لو كان مرخصـا لـه بها من قبل المـالك.أنظر الأحكـام القضائيـة الكثيرة التى أشار إليا Turner فـى مؤلفـه عن قـانون الأسـرار التجاريـة السابق الإشارة إليـه، وبصفـة خاصـة فى ص ص ٤١٣ – ٤١٨.

(٢١٦) أنظر فى هذا الفرض:

Turner, The Law of Trade Secrets, المرجع المشار إليـه سابقا فى ص ص ٤١٩ – ٤٢٢.

(٢١٧) ويقصد بسـوء النية علـم الغـير بوجـود عـلاقة الثقة بين مالك المعـرفة الفنيـة والمتلقى لها. أنظر فى ذلك: Milgrim ، المرجع السابق، فى ص ١٠٠.

(٢١٨) ويتم تقدير التعويض فى هذه الحـالة – حسب القضـاء الغـالب – بمقدار الأربـاح التـى حققهـا الشـخص سيئ النية، وكذلك أى أضـرار لحقت مـالك المعـرفة الفنيـة بسبب هذا الاستعمال. أنظر فى ذلك:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ......

المرجع السابق الإشارة إليـه، فى ص ص ٣٦٣ – ٣٦٤.

شركة منافسة بحيث يمنح هذا العامل حصة فى الشركة الوليدة تعادل ثمن إفشائه لأسرار المعرفة الفنية التى اكتسبها فى علاقة الثقة السابقة (٢١٩).

وقد يصل سوء النية إلى ذروته إذا قام الغير بتحريض أحد العاملين فى الشركة المالكة للمعرفة الفنية أو تحريضه لأحد المرخص لهم فى استعمالها لإفشاء ما علمه من اسرار تجارية. وفى هذه الحالة، فإن المحاكم الأمريكية عادة ما تحكم بتعويضات رادعة Punitive damages ، بجانب التعويض عن الأضرار الحاصلة لصالح المالك الأصلى (٢٢٠).

---

(٢١٩) أنظر فى ذلك:
Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الخامس، فى ص ص ١٠٢ - ١٠٣.

(٢٢٠) المرجع السابق، فى ص ١٠٥، وما بعدها. أنظر أيضا Dessemontet, The Legal Protection، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٦٤.

المطلب الثانى
الأسس الفنية لنظرية علاقة الثقة

تمهيد:

ذكرنا من قبل أن القانون الأمريكى، فى ظل مبادئ الشريعة العامة، يبيح للمضرور الذى تم الاستيلاء على أسراره التجارية رفع دعوى استرداد أو تعويض عن هذا الاستيلاء غير المشروع. أما إذا وجدت علاقة ما بين المضرور والمتلقى، فلابد وأن تكون هذه العلاقة داخلة فى علاقات الثقة حتى يتمكن المضرور من طلب الحماية القانونية. فإذا لم ينطبق على العلاقة هذا الوصف، فقد المالك للمعرفة الفنية إمكانية الحماية القانونية.

وإذا ما توفرت علاقة الثقة، فإن قواعد الشريعة العامة تسمح للمضرور بإقامة دعواه بناء على عديد من الأسس والأفكار القانونية. فيجوز للمضرور تأسيس دعواه بناء على الأفكار العقدية، أو بناء على الأفكار الخاصة بالمسئولية اللاعقدية Tort ، أو حتى الإثراء بلا سبب، كلما توفرت شروط إعمالها. ويلاحظ فى هذا الخصوص أن قواعد الشريعة فى القانون الأمريكى لا تجبر المضرورعلى الخيار بين أى من المسئوليتين العقدية أو اللاعقدية كأساس لدعواه بطلب التعويض أو العلاج القانونى Legal remedy. إذ يجوز للمضرور، بصفة عامة، تأسيس دعواه بناء على كل من الأفكار العقدية والمسئولية التقصيرية، ولا تناقض فى هذا فى ظل

قواعد الشريعة العامة (٢٢١). ذلك أن وقائع الدعوى نفسها، والطلبات التى يدعى بها المضرور تسمح بهذا. فمثلا قد يطالب المضرور بالحصول من المحكمة على أمر injunctive order لمنع المضرور من الاستمرار فى استعمال الأسرار التجارية خارج نطاق علاقة الثقة؛ فإن كان أساس الدعوى هو العقد، فالمحكمة عادة لا تمنح هذا الأمر إلا فى حدود المدة المنصوص عليها فى العقد والتى يلتزم فيها المتلقى بعدم إفشاء الأسرار (٢٢٢)، أما إذا كان أساس الدعوى هو المسئولية اللاعقدية، فإن أمر المنع قد يكون لمدة غير محدودة (٢٢٣). ومن مصلحة المضرور تأسيس طلباته على كلا النوعين من المسئولية إذا رأى أن تحديد أمر المنع بمدة معينة لا يفى بالحماية الكافية وأن علاقة الثقة يمكن أن تستمر، حتى بعد المدة المعينة فى العقد.

كما يرى المضرور إقامة دعواه بناء على الأساس التعاقدى وغير التعاقدى في نفس الوقت، وذلك للاستفادة من أحكام التعويض الذى تبيحه قواعد الشريعة العامة، فيحصل على تعويض عن الأضرار التى حاقت به من وراء خرق العقد، مع إمكانية الحصول على تعويضات رادعة Puintive damages ، والتى عادة ما يحكم بها وفقا لمفاهيم المسئولية اللاعقدية Tort . وإذا قام المضرور بتأسيس دعواه على أحد أو بعض

---

(٢٢١) أنظر فى ذلك : Dessemont ، المرجع السابق، فى ص ٣٢٢ - ٣٢٣. وأنظر أيضا Turner ، فى مؤلفه، قانون الأسرار التجارية المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٦٥ - ٢٦٦.

(٢٢٢) أنظر فى ذلك: Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الثانى، الفصل السابع، فى ص ص ٢٨ - ٢٩.

(٢٢٣) المرجع السابق، فى ص ٢٨.

الأفكار المتقدمة، عندئذ تقوم المحكمة ذاتها باختيار الأساس الملائم الذى تبنى عليه الحل القانونى المناسب، بل يجوز أيضا لمحاكم العدالة فى ظل قواعد الشريعة العامة أن تبنى دعواها على أكثر من أساس قانونى واحد، وأن تمنح المضرور حلولا قانونية بناء على هذه الأسس المختلفة وفقا لما تمليه قواعد العدالة (٢٢٤).

وفيما يلى نحاول إبراز أهم الأسس القانونية التى تبنى عليها دعوى علاقة الثقة الخاصة بحماية المعرفة الفنية. وهى نظرية العقد، نظرية شبه العقد، نظرية المسئولية اللاعقدية، الإثراء بلا سبب.

أولا – نظرية العقد Contract Theory

قد تكون علاقة الثقة بين مالك المعرفة الفنية مصدرها عقد ما، كعقد عمل، أو عقد ترخيص .. الخ. وقد يقوم الطرفان بالاتفاق على شرط صريح express condition يلزم المتلقى بالحفاظ على السرية فى إطار علاقة الثقة القائمة بينهما، ولا شك أن تضمين العقد شرطا صريحا بذلك من شأنه كفالة حماية فعالة لمالك المعرفة الفنية. فالشرط الصريح عادة ما يتضمن تحديدا لنطاق السرية من حيث الموضوع، أى تلك المعارف التى يتعين على المتلقى أن يحفظها فى طى الكتمان. كذلك قد يتضمن الشرط الصريح تحديدا لنطاق السرية من حيث الأطراف والمدة، أى الأشخاص

---

(٢٢٤) أنظر فى هذا المعنى:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ....

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٣٢٢ – ٣٢٣، وأيضا هامش رقم (٢٨٩) فى ص ٣٢٢ من ذات المرجع.

الذين لا يسمح لهم بالاطلاع بأى وجه من الوجوه على المعارف الفنية، وأيضا المدة التى يلتزم خلالها المتلقى بعدم إفشاء السرية (٢٢٥).

فإذا لم يحصل احترام كامل للشرط الصريح، فلا جدل فى أن مالك المعرفة الفنية محل العقد سيبادر بالالتجاء إلى القضاء لإجبار المتلقى على احترام تعهداته (٢٢٦)، وعند حصول إفشاء للسرية بالمخالفة لأحكام هذا الشرط، فإن القضاء غالبا ما يحكم بالتعويض العادل (٢٢٧).

---

(٢٢٥) أنظر فى هذا المعنى:

Michael Epstein, Modern Intellecturl Property ...

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٥٢ - ٥٤. وأنظر فى مميزات، وصور الحماية التعاقدية الصريحة للمعرفة الفنية: مؤلف Milgrim ، الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثالث. والواقع إن الحماية التعاقدية بشرط صريح لا تقتصر على حالة إبرام عقد الترخيص أو بيع المعرفة الفنية مثلا، ولكنها قد تمتد إلى الفترة السابقة على ذلك، أى فى مرحلة المفاوضات، حيث عادة ما يقوم الأطراف بإبرام عقد انتقالى interim agreement يلزم المفاوض المتلقى بالكتمان، حتى عند فشل هذه المفاوضات. أنظر فى ذلك: Turner ، فى مؤلفه: قانون الأسرار التجارية، فى ص ٢٦٩.

(٢٢٦) بل إنه إمعانا فى حماية مالك المعرفة الفنية، فإن القضاء الأمريكى عادة لا يتردد فى منح المضرور وسائل حماية، فى ظل قواعد العدالة، حتى إذا كان هناك شرط صريح فى العقد يضع حدودا معينة لها، طالما وجد القضاء أن هذا الشرط الصريح لا يفى بمتطلبات هذه الحماية. ومن تطبيقات ذلك، أن القضاء الأمريكى قد لا يقتصر على منح المضرور أمرا بوقف استعمال المعرفة الفنية بالمخالفة لعلاقة الثقة، طبقا للشرط الصريح فى العقد، وإنما أيضا يمنحه ضد الغير الذى يتصل علمه بها عن طريق المتلقى لها. والأمر Injunction بمنع المتلقى والغير بوقف استعمال المعرفة الفنية قد يكون هو العلاج الوحيد العادل لمالك المعرفة الفنية، لما قد يسفر عنه هذا الاستعمال من مضار لا يمكن تداركها إلا إذا صدر هذا الأمر. أنظر:

Milgrim, Trade Secrcts .... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الثانى، الفصل السابع فى ص ص ١٢٢ - ١٢٩.

(٢٢٧) المرجع السابق فى ص ١٥٢، وما بعدها.

ومع هذا، فإن خلو العقد من شرط أو نص صريح يلزم المتلقى بالحفاظ على علاقة الثقة بينه وبين مالك المعرفة الفنية لا يحرم المحكمة من استنباط وجود هذه العلاقة من النية المشتركة للطرفين، وما يقتضيه تنفيذ العقد من حسن نية. هنا تقوم المحكمة بإستقراء النية المشتركة للأطراف من خلال بنود العقد بصفة عامة، ومن خلال تصرفاتهم والوقائع السابقة واللاحقة على العقد، فإذا أمكنها استخلاص شروط ضمنية تلزم المتلقى بالحفاظ على السرية، فإنها تؤسس ذلك على نظرية العقد الضمنى Contract implied in fact . ويزخر القضاء الأمريكى بتطبيقات عديدة لعلاقة الثقة المبنية على العقد الضمنى [٢٢٨]. ومن ذلك القضاء William Hoeltke v. Kemp Manufacuring [٢٢٩]. حيث قام أحد المخترعين بالاتصال بإحدى الشركات وعرض عليها الابتكار؛ فطلبت منه الشركة الكشف لها عن الاختراع، ونصحته أيضا بطلب براءة اختراع عنه. وبعد الكشف للشركة عن سرية الابتكار، أفصحت هذه الأخيرة عن عدم اهتمامها به. ومع هذا فلقد قامت باستعماله. وعند حصول المخترع على البراءة، قام برفع دعوى ضد هذه الشركة المذكورة لقيامها باستعمال الاختراع المذكور، فى الفترة السابقة على منح البراءة. قال المدعى (المخترع) بوجود علاقة ثقة ناشئة

---

[٢٢٨] أنظر فى حماية المعرفة الفنية المؤسسة على العقد الضمنى:
Melvin Jager, Trade Secrets Law Handbook .... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٤٧ – ٥١؛ وأيضا راجع: Turner ، فى مؤلفه عن قانون الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا، فى ص ص
؛ وأنظر كذلك Ridsalle Ellis ، فى مؤلفه: الأسرار التجارية، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٨٣ – ٨٤.

[٢٢٩] أنظر الحكم الصادر فى قضية:
William Hoeltke v. Kemp Manufacturing Co., 26 U.S.P.Q 114 (4th Cir. 1935, Parker C.J).
كما هو مشار إليه فى مؤلفه Turner ، السابق الإشارة إليه فى ص ٢٧٤.

عن تقديمه أوصاف الاختراع إلى الشركة، وأن هذه العلاقة تجعل الشركة مسئولة عن استعمال الاختراع خارج حدودها. أما الشركة فلقد حاولت نفى هذه العلاقة على أساس أنه لم يوجد عقد صريح مع المخترع. ولقد ذهبت المحكمة إلى أن المخترع عندما عرض على الشركة وصف اختراعه، كان ذلك بنية البيع، وكانت الشركة على استعداد لذلك فى بداية الأمر، ولذا عرضت عليه الكشف لها عن أسرار الابتكار. وإذا لم تكن هذه النية موجودة، فإن الشركة لم تكن لتطلب ذلك من المخترع، وما كان عليها إلا الانتظار لحين صدور البراءة. وعلى الرغم من عدم وجود أى اتفاق صريح على التزام الشركة بحفظ المعلومات التى وصلت إليها فى سرية وعدم إفشائها، وعدم وجود أى اتفاق صريح يلزم الشركة بعدم استعمال الابتكار إلا إذا قامت بشرائه، فإنه فى اعتقاد المحكمة، أن قواعد العدالة equity تقضى بوجوب القول بأن هناك عقدا ضمنيا بذلك. ومن ثم فلا يجوز للشركة القول بعدم وجود علاقة ثقة بينها وبين المدعى تحول بينها وبين استعمال الاختراع؛ فهذه العلاقة موجودة بناء على فكرة العقد الضمنى (٢٣٠).

ولقد طبقت الدائرة الرابعة فكرة العقد الضمنى أيضا فى قضية Ackerman v.General Motors Corp. (٢٣١) ففى هذه القضية قام المخترع (المدعى) بالاتصال بعدة شركات لصناعة السيارات، ومن بينهم الشركة

---

(٢٣٠) الحكم السابق فى ص ص ١١٩ – ١٢٦، كما هو مشار إليه فى Turner ، المرجع السابق فى ص ٢٧٤.

(٢٣١) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

Ackerman v.General Motors Corp., 88 U.S.P.Q 281 [202 F. 2d 642 (4th Cir. Parker C.J.)

كما هو مشار إليه فى Turner ، فى مؤلفه عن الأسرار التجارية، السابق الإشارة إليه، فى ص ص ٢٧٤ – ٢٧٥.

المدعى عليها، شركة جنرال موتورز، مع نيته فى بيع ابتكاره أو على الأقل الترخيص به. وعبرت شركة جنرال موتورز عن اهتمامها بالاختراع، وطلبت من المخترع تسليمها صورة Copy من طلبه الخاص ببراءة الاختراع Patent application ، والذى يحدد بدقة الوصف التفصيلى للابتكار، وذلك حتى يتم دراسة الأمر. وبعدئذ أرسلت الشركة إلى المخترع رسالة تعلمه فيها بعدم جدوى ابتكاره. وعند صدور البراءة، أدعت الشركة أنه من حقها استعمال الاختراع، لأن الابتكار قد نما إلى علمها قبل صدور البراءة وأنها لم تكن ملتزمة فى مواجهة المخترع بعدم إفشاء السرية. قالت المحكمة بأنه على الرغم من عدم وجود أى عقد صريح بين المدعى والمدعى عليه، فإن مجرد قبول الأخير (أى الشركة) لإفصاح المخترع عن ابتكاره يولد فى مثل هذه الظروف علاقة ثقة معينة تمنع الشركة من استعماله خارج حدود هذه العلاقة، وبصفة خاصة أن المبتكر كان قد تقدم بطلب براءة اختراع، وكانت الشركة المدعى عليها على علم بذلك، ومن ثم كان من الأهمية لها الاطلاع على تفاصيل هذا الاختراع الذى يمكن أن يمنح المخترع احتكارا عند صدور البراءة، وذلك فى مجال تخصص الشركة المدعى عليها [٢٣٢].

وفى قضية William A. Meier Co. v. Anckor Corp [٢٣٣]، قام المدعى بإفشاء سرية طريقة أو أسلوب جديد لعمل الأوانى الزجاجية،

---

[٢٣٢] أنظر الحكم السابق فى ص ٢٨٢، كما هو مشار إليه فى Turner، المرجع السابق.

[٢٣٣] أنظر الحكم الصادر فى قضية:

William A. Meier Co. v. Anckor Corp., 88 U.S.P.Q 249 (95 F. Supp. 264, D.C. Pa. 1951, Courley D.J.).

وذلك إلى الشركة المدعى عليها. وكانت لهذه الأوعية الزجاجية شكل انسيابى جميل مبتكر، ويتم تصنيعها وفقا لأسلوب جديد فى الحرق new flame process . وكان هدف المدعى من الإفشاء هو الإفصاح عن الأسلوب الجديد فى تصنيع هذه الأوعية، ولكن الشركة المدعى عليها قامت أيضا بنقل الشكل الجديد المتبكر لها. ولقد استخلصت المحكمة وجود عقد ضمنى من مقتضاه عدم قيام الشركة المدعى عليها بنقل الشكل الذى تم فيه صناعة الأوعية (٢٣٤). ذلك أن المدعى لم يكن قام بعد بتسويق منتجه الذى يحتوى على هذا الشكل الجديد للسلعة، وأن ممثلى الشركة المدعى عليها إنما زاروا مصنع المدعى للإطلاع على الوسيلة الجديدة للصناعة وأن عرض السلعة لهم فى شكلها المبتكر لم يكن إلا فقط لإبراز وسيلة الصنع، وليس شكل المنتج ذاته. وعليه، فإن هذه الأسرار التجارية تم الإفشاء بها من خلال علاقة ثقة معينة، بحيث لا يجوز للمدعى عليها استخدامها خارج الحدود المسموح بها؛ ولما كان الهدف من الإطلاع على هذه الأسرار لغرض البيع أو الترخيص باستعمال طريقة الصناعة فقط، فلا يجوز للشركة المدعى عليها استخدام أسرار أخرى اطلعت عليها بمناسبة العقد الأصلى (٢٣٥).

ولقد طبقت المحاكم الأمريكية فكرة العقد الضمنى بصفة خاصة فى مجال عقود العمل بين مالكى المعرفة الفنية وبين العاملين لديهم employees ، حيث ذهبت الكثير من الأحكام إلى أنه لا يشترط لالتزام

---

(٢٣٤) الحكم السابق فى ص ٢٥٠، كما هو مشار إليه فى Turner ، المرجع السابق، فى ص ٢٨٠.

(٢٣٥) الحكم السابق فى ص ٢٥١، كما هو مشار إليه فى Turner ، المرجع السابق.

العامل بعدم استعمال أو عدم إفشاء الأسرار التجارية التى وصلت إلى علمه من خلال علاقة العمل أن يكون هناك شرط صريح مقيد أو اتفاق صريح يقيده بعدم إفشاء هذه الأسرار للآخرين ومنافسة رب العمل restrictive covenant not to compete ، ولكن يمكن استخلاص شرط ضمنى بذلك من عقد العمل ذاته، إذا كانت هناك علاقة ثقة معينة بين العامل ورب العمل [٢٣٦]. ومن أمثلة هذا القضاء الحكم الصادر فى قضية E. I. du Pont de Nemours & Co. v. American Potash & Cham. Corp.[٢٣٧].

فلقد أقامت شركة du Pont دعوى ضد أحد العاملين السابقين فيها والشركة الجديدة التى ألتحق للعمل فيها (شركة Potash)، على أساس أن هذا العامل لديه أسرار تجارية وصلت إليه عن طريق وظيفته السابقة وأن

---

(٢٣٦) أنظر:

Milvin Jager, Trade Secrets law Hanbook ..... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٤٧. أنظر أيضا:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property .....

المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ص ٥٦ – ٥٧.

أنظر أيضا:

Suellen Lowry, Inevitable Disclosure Trade Secret Disputes: Dissolutions of Concurrent Property Interests, Vol. 40 Stanford Law Review 519 - 544 (1988).

وبصفة خاصة فى ص ص ٥٢٧ – ٥٢٨.

وأنظر أيضا: ..... Dessemontet, The Legal Protection المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ٣١١.

(٢٣٧) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

E. I. du Pont de Nemours & Co. v. American Potash & Chem. Corp. 200 A. 2d 428 (Del. Ch. 1964).

كما هو مشار إليه فى Milgrim فى مؤلفه: الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثالث فى ص ٥٨، وما بعدها.

انتقاله إلى الشركة المنافسة سوف يؤدى حتما إلى القضاء على الميزة التنافسية التى تحوزها فى السوق فى مجال انتاج الكيميائيات، وبصفة خاصة طريقة كلورايد لانتاج سائل TiO_2 . أما شركة Potash ، فلقد بنت دفاعها على أساس عدم وجود أى شرط أو اتفاق صريح يلزم العامل بعدم الالتحاق فى وظيفة أخرى، ولو فى شركة منافسة. ولقد ذهبت المحكمة إلى القول بأن هذا العامل ما كان عليه الالتحاق بالشركة المنافسة لأن ذلك فى حد ذاته من شأنه أن يشكل تهديدا مباشرا لسرية المعرفة الفنية التى تحوزها الشركة المدعية (٢٣٨). وفى معرض بيان الأسباب التى بنى عليها الحكم، ذهبت المحكمة إلى أنه على الرغم من عدم وجود أى شرط صريح فى العقد يلزم العامل بعدم الالتحاق بوظيفة أخرى فى شركة منافسة، إلا أن علاقة الثقة يمكن استقراؤها من خلال ملابسات ووقائع القضية. وهذه العلاقة (أى علاقة الثقة) هى التى ينبغى النظر إليها لتقرير تحريم انتقال العامل إلى الوظيفة الجديدة. فظروف الحال تدل على أن الشركة المدعية كانت قد أتاحت لهذا العامل، باعتباره من العاملين ذوى الأهمية القصوى فى المجال الفنى للشركة Key technical employee ، الاطلاع على طبيعة المعرفة الفنية التى كان يتم الاحتفاظ بها سراء، وأنه كان من القلائل الذين أتاحت لهم الشركة ذلك. أضف إلى هذا، أنه كان يتقاضى راتبا غير عادى بالنظر إلى طبيعة علاقته بالشركة. ثم إن الأسلوب الذى تم به الانتقال إلى الشركة المنافسة يحمل فى طياته أيضا الاعتداء على علاقة من علاقات الثقة. ذلك أن الشركة المنافسة كانت قد طلبت إلى إحدى الوكالات البحث لها عن فنى متخصص، فى الفن الصناعى محل

---

(٢٣٨) الحكم السابق فى ص ٤٣٢، كما هو مشار إليه فى Milgrim ، المرجع السابق فى ص ٥٨.

النقاش، وفعلا قامت هذه الوكالة بوضع إعلان داخل شركة du Pont لاجتذاب بعض العاملين فيها. وعندئذ طلب العامل إنهاء عقده مع الشركة المدعية، بالنظر إلى العرض المغرى الذى تقدمت به الشركة المنافسة (٢٣٩).

كما قام القضاء الأمريكى بحماية المعرفة الفنية التى يتم الإفشاء بها خلال المفاوضات negotiations الجارية بين الأطراف فى سبيل التوصل إلى عقد ما، وذلك إذا أخفق هؤلاء الأطراف فى مساعيهم نحو ابرام العقد، وذلك فى الحالة التى لا يوجد فيها اتفاق صريح على الحفاظ على سرية المعرفة الفنية التى تصل إلى علم أحد الأطراف نتيجة هذه المفاوضات. والأمثلة القضائية على ذلك كثيرة.

ففي قضية Smith v. Dravo (٢٤٠) فإن المدعى أتاح للمدعى عليه الاطلاع على عربات نقل البضائع ذات التصميم الداخلى الجديد، وذلك عند مفاوضتهم عقد بيع شركة المدعى إلى الشركة المدعى عليها. وبعد فشل المفاوضات فوجئ المدعى بأن الشركة المدعى عليها بدأت فى تصنيع نفس شكل عربات نقل البضائع المشار إليها. ولقد قالت المحكمة بأن هذا التصميم الداخلى لعربات النقل كان يعد فى الحقيقة سرا تجاريا، وأن المدعى قد أفصح عنه للشركة المدعى عليها فى ظل علاقة ثقة. ذلك أن الهدف الوحيد من قيام المدعى بإطلاع الشركة المدعى عليها على هذا التصميم

---

(٢٣٩) الحكم السابق.

(٢٤٠) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

Smith v. Dravo, 203 F. 2d 369 (7th Cir. 1953).

الفريد هو تمكينها من فحص الشئ محل البيع. ومن ثم فإن العلاقة التى نشأت خلال فترة المفاوضات على البيع هى علاقة ثقة تفرض على المتلقي الالتزام بالكتمان [٢٤١].

وفى قضية Allen - Qualley Co. v. Shellmar Prods Co. [٢٤٢] أكدت المحكمة حماية المعرفة الفنية بناء على علاقة الثقة التى نشأت بين الأطراف خلال فترة مفاوضة عقد من العقود. وتتلخص وقائع هذا القضية فى أن المدعى قام بالإفصاح للشركة المدعى عليها عن طريقة معينة لتحسين تغليف علب الحلوى، وأسلوب جديد للتعبئة، مع التنبيه إلى أن المبتكر سوف يقوم بطلب براءة اختراع عن ابتكاره هذا. وكان الطرفان يتفاوضان على إبرام عقد ترخيص، وأثناء هذه المفاوضات اكتشف مستشار الشركة المدعى عليها وجود براءة اختراع صادرة لشخص آخر وتغطى طريقة التغليف، وعندئذ قامت الشركة المدعى عليها بالحصول مباشرة على ترخيص من المخترع صاحب البراءة، وفى نفس الوقت استخدمت الأسلوب الجديد الذى ابتكره المدعى للتعبئة. قام هذا الأخير بإقامة دعوى لمنع استمرار الشركة المدعى عليها من استخدام واستعمال هذه الأسرار التجارية [٢٤٣].

---

(٢٤١) الحكم السابق، فى ص ٣٦٩، وما بعدها.

(٢٤٢) أنظر الحكم الصادر فى قضية:
Allen - Qualley Co. v. Shellmar Prods. Co. 31 F. 2d 293 (N.D. 1929).

(٢٤٣) أنظر الحكم السابق فى ص ص ٢٩٣ – ٢٩٥.

ذهبت المحكمة إلى أن طبيعة المفاوضات فى عقد الترخيص تقتضى من المرخص أن يطلع المرخص له على جانب من أسرار المعرفة الفنية حتى يرغبه فى التعاقد، وحتى يظهر له قيمة المعرفة الفنية التى سيتم الترخيص بها، وعادة ما يقوم الأطراف فى هذه الحالة بكتابة اتفاق أولى أو تمهيدى يقضى بأنه فى حالة فشل المفاوضات التى تمهد لعقد الترخيص، فإن المتلقى يلتزم مع هذا، بالحفاظ على كل الجوانب السرية الخاصة بالمعرفة الفنية وألا يقوم بإفشائها، وألا يقوم باستعمالها (٢٤٤). ومع هذا، فقد يرى الأطراف عدم إبرام هذا الاتفاق كتابة، بالنظر إلى الكثير من التعقيدات الفنية والقانونية التى قد تصاحبه، مكتفين فى ذلك بالتفاهم على أن هناك علاقة ثقة معينة تمنع المتلقى من القيام بالاستعمال أو الإفشاء خارج نطاق هذه العلاقة. علاقة الثقة هذه تستخلص من النية المشتركة للأطراف ومن تصرفاتهم السابقة أو المصاحبة للمفاوضات؛ ولا شك أن الشركة المدعية لم تقم بإطلاع الشركة المدعى عليها على المعرفة الفنية، إلا لأنها شعرت بأن هناك جدية فى الحصول على الترخيص، ودفع المقابل لذلك، ولم يغير من ذلك إلا اكتشاف الشركة المدعى عليها وجود براءة اختراع صادرة لشخص آخر على نفس الأسلوب التقنى لعملية التغليف، حيث حصلت منه على ترخيص باستعمال الاختراع المشمول ببراءة بمقابل أقل مما لو كان هناك ترخيص من الشركة المدعية. وفى نفس الوقت حاولت الشركة المدعى عليها الاستفادة من التحسين الذى أدخلته الشركة المدعية على الاختراع (وهذا التحسين هو ما يمثل فى الحقيقة المعرفة الفنية).

---

(٢٤٤) أنظر الحكم السابق فى ص ص ٢٩٥ – ٢٩٦.

وهنا فلقد قامت الشركة المدعى عليها بخرق علاقة الثقة، إذ أن هذه المعلومات الفنية ما وصلت إليهـا إلا على أساس وجود نية للحصول على الترخيص، وإلا لما كانت الشركة المدعية قد أفصحت لها عن سريتها. فهناك إذا عقد ضمنى يلزم الشركة المدعى عليها بعدم إفشاء سرية المعرفة الفنية أو استخدامها، وهذا العقد الضمنى مبنى على علاقة الثقة التى نشأت بين الطرفين خلال فترة المفاوضات (٢٤٥).

ثانيا – نظرية شبه العقد Theory of Quasi - Contract كأساس لعلاقة الثقة:

يفرق القضاء الأمريكى بين العقد الضمنى، أو ما يعرف اصطلاحا بـ implied in fact ، وبين فكرة شبه العقد وهى ما تعرف اصطلاحا بـ implied in Law (٢٤٦).

فأما عن الطائفة الأولى، أى العقد الضمنى فى الواقع implied in fact ، فهو ينبثق من مجموع تصرفات وأفعال الأطراف ونواياهـم؛ أى أن على القاضى أن يستخلص النية المشتركة للأطراف، وذلك من خلال وقائع القضية، ومن خلال هذه الوقائع يبنى العقد الضمنى (٢٤٧) . أما العقد الضمنى قانونا Contract implied in Law ، إن جاز التعبير، فهو ليس فى حقيقة الأمر عقدا أو وعدا بالتعاقد، وإنما هو عبارة عن واجب

---

(٢٤٥) الحكم السابق فى ص ص ٢٩٦ – ٢٩٧.

(٢٤٦) أنظر فى التفرقة بين العقد الضمنى وشبه العقد، Milgrim ، فى مؤلفه عن الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الرابع، فى ص ص ٥ – ٦. وأنظر أيضا، مؤلف Turner فى قانون الأسرار التجارية، فى ص ٢٧٣.

(٢٤٧) أنظر Milgrim ، المرجع السابق، فى الجزء الأول، الفصل الرابع، فى ص ٨.

قانونى Legal Duty [٢٤٨] . فوفقا لمبادئ الشريعة العامة، فإن كل عقد يتضمن حدا أدنى للإخلاص والوفاء بالعهد المتبادل بين الأطراف، وهذا ما يقتضى تنفيذه بحسن نية good faith . ويستخلص القضاء هذا الواجب القانونى من وجود علاقة ثقة ما بين طرفين، حتى ولو لم تكن وقائع الدعوى أو تصرفات أو نوايا الأطراف تشير إلى الاتجاه إلى وجود مثل هذا الواجب؛ وإنما يقوم القاضى باستكشافه وإنفاذه لغاية أخرى، وهى الحفاظ على دعامة هامة من دعامات الكيان الاجتماعى والقانونى ألا وهى التأكد من تنفيذ العقود بحسن نية. ومع أن العقد الضمنى قانونا، ليس فى جوهره عقد، فى القانون الأمريكى، إلا أن قاضى العدالة يصفه بهذه الصفة توصلا إلى إعمال الجزاءات العقدية Contract remedies وأهمها إمكان

---

[٢٤٨] المرجع السابق، فى ص ٨. وفى التفرقة بين العقد الضمنى وشبه العقد تقول المحكمة العليا الأمريكية:

"The agreement contemplated [by section 145 of the Judicial code, 28 U.S.C.A. 250] as the basis of compensation is not an agreement "implied in law", more aptly termed as constructive or quasi contract, where, by fication of law, a promise is imputed to perform a legal duty, as to repay money obtained by fraud or duress, but an agreement "implied in fact" founded upon a meeting of minds, which, although not embodied in an express contract, is inferred, as a fact, from conduct of the parties showing in the light of the surrounding circumstances, their tacit understanding".

أنظر حكم المحكمة العليا الأمريكية الصادر فى قضية:

Baltimore & O.R.R. v. United States, 261 U.S. 592 (1923).

وبصفة خاصة فى ص ٥٩٧ من الحكم، كما هو مشار إليه فى Milgrim ، المرجع السابق فى ص ٩. ويلاحظ أن الفقه الأمريكى أصبح مستقرا على إطلاق اصطلاح implied contract على العقد الضمنى فى الواقع، وإطلاق اصطلاح quasi - contract على العقد الضمنى قانونا، أنظر Milgrim ، هامش (٦) فى ص ٩ من ذات المرجع.

الحصول على التعويض، وإمكان الحصول على أمر Injunction بإلزام شخص بعمل شئ ما، أو بالامتناع عن قيام شئ ما (٢٤٩).

ولقد طبق القضاء الأمريكي الفكرة السابقة على الكثير من العلاقات التي كانت المعرفة الفنية محلا لها، وسواء كانت هذه العلاقات متمثلة في علاقة عمل، أو ترخيص باستعمال الأسرار التجارية أو المفاوضة على البيع أو الترخيص بها أيضا.

ففي قضية Byrne v. Barrett قالت المحكمة بأن "القانون يجسد في عقد العمل تحريم أي خيانة للثقة التي يتعين الوفاء بها لرب العمل، ومنع نقل المعلومات السرية إلى المنافسين. وهذه الفكرة هي جزء لا يتجزأ من كل عقد عمل، سواء تم النص عليه أم لا. والعاملون ملتزمون بهذا الواجب الضمني implied obligation ، حتى ولم يكن هناك عقد بذلك البتة" (٢٥٠). وهذه القاعدة يتم تطبيقها في كل الولايات الأمريكية طبقا لمبادئ الشريعة العامة. فلقد حكمت المحكمة العليا لولاية بنسلفانيا بأن علاقة الثقة تفرض التزاما قانونيا على عاتق العامل بالحفاظ على الأسرار التجارية للشركة، حتى في غياب أي عقد على هذا الأثر، بل إن القضاء في بعض الولايات،

---

(٢٤٩) أنظر في هذا المعنى مؤلف Turner ، عن قانون الأسرار التجارية، المرجع المشار إليه سابقا في ص ص ٢٩٣ - ٢٩٤. وأنظر في معنى قريب:
Melvin Jager, Trade Secret Law Handbook .....
المرجع المشار إليه سابقا، في ص ٤٨.
وأنظر أيضا: ...... Ellis, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا في ص ص ٧ – ٨، وكذلك الأحكام القضائية الهامة الواردة فيه.

(٢٥٠) أنظر الحكم الصادر في قضية:
Byrne v. Barrett, 268 N.Y. 199, 206, 197 N. E. 217.
كما هو مشار إليها في Turner ، في المرجع المشار إليه سابقا، في ٢٩٦.

مثل ولاية نيويورك يفرض هذا الالتزام على عاتق العامل حتى بعد انتهاء علاقة العمل ذاتها [٢٥١].

وتضمنت قضية By Buck [٢٥٢]، وهى قضية حديثة صدر فيها الحكم من محكمة استئناف كاليفورنيا، قيام أحد الطلبة الذين كان يتلقون تمرينا على أحد البرامج التقنية فى أحد المصانع، بنقل ما اتصل بعلمه من معارف فنية وأسرار تجارية خلال وجوده بالمصنع إلى بعض المنافسين من الشركات الأخرى. دفع هذا الطالب بحريته الكاملة باستخدام وإفشاء ما علمه من أسرار تجارية لعدم ارتباطه مع صاحب هذا المصنع بأى رابطة عمل. رفضت المحكمة هذا الدفع، وقالت أنه على الرغم من عدم وجود عقد، إلا أن علاقة الثقة التى تولدت بين الطرفين خلقت التزاما قانونيا على عاتق الطالب بعدم إفشاء الأسرار التجارية خارج نطاق هذه العلاقة[٢٥٣].

ثالثا – نظرية المسئولية اللاعقدية Tort Theory ، كأساس لعلاقة الثقة:

(٢٥١) أنظر:

Jager, Trade Secrets Law Handbook .....

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٥٠ – ٥١.

(٢٥٢) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

By Buck Co. v. Printed Collophane Tape Co., 163 Cal. App. 2d 157, 329 P. 2d 147, 118 U.S.P.Q. 550, 552 (Cal. App. 1958).

كما هو مشار إليه فى مؤلف Jager ، المرجع السابق، فى ص ٥٢.

(٢٥٣) الحكم السابق، كما هو مشار إليه فى Jager المرجع السابق، فى ص ٥٢.

يقوم القضاء الأمريكى فى الكثير من الأحوال بتأسيس المسئولية عن الاستخدام أو الإفشاء غير المشروع للأسرار التجارية على فكرة خيانة علاقة الثقة Betrayal of confidence ، بإعتبار ذلك فى حد ذاته خطأ موجبا للمسئولية. ويجد هذا الحل مصدره فى الفصل ٧٥٧ (ب) من المدونة الأولى للمسئولية Restatement of Torts (First) ، والذى جاء فيه بأن "الاستخدام أو الإفشاء غير المرخص به للسر التجارى يرتب المسئولية، لو كان فى هذا خرق للثقة التى وضعها المدعى فى شخص المدعى عليه عند حصول الإفشاء بالسرية لهذا الأخير"(٢٥٤).

ويثور التساؤل عن كيف يمكن أن تنشأ علاقة ثقة بين مالك المعرفة الفنية والمتلقى لها دون وجود عقد ما، على الأقل فى الصورة الضمنية، والتى تحدثنا عنها سابقا؟ فى الواقع إن وجود علاقة الثقة التى تؤسس على فكرة المسئولية اللاعقدية يمكن أن توجد من خلال فرضين أساسيين:

الفرض الأول، هو أن يثبت وجود علاقة ثقة سابقة أو ممهدة لعقد ما. هنا قد يرى القاضى تأسيس المسئولية عن استخدام أو إفشاء السر التجارى بسبب خيانة علاقة الثقة على أفكار غير عقدية tort ، وذلك مثلا لعدم إمكان استخلاص أى صورة من صور العقد، حتى الصورة الضمنية، لعدم وصول الأطراف إلى أى اتفاق مثلا، أو لأنه وإن كان هناك عقد فعلا بين الأطراف، إلا أن قواعد العدالة قد تملى تأسيس الحماية، بحسب ملابسات كل قضية، على قواعد المسئولية اللاتعاقدية وليس

(٢٥٤) أنظر نص مدونة المسئولية، كما ورد ذكره فى Jager ، المرجع السابق، فى ص ٥٣.

العكس، أو قد يرى قاضى العدالة إمكان الجمع بين الأساسين العقدى واللاعقدى، فى نفس الوقت، لبناء الحماية اللازمة والناشئة عن علاقة الثقة، وهذا جائز فى ظل الشريعة العامة Common Law ، لأن الغاية الأساسية هى تحقيق العدالة، حتى ولو كان عن طريق الجمع بين نظريات مختلفة للمسئولية(٢٥٥) . ومن أمثلة اختيار الأساس اللاعقدى كأساس لعلاقة الثقة، على الرغم من وجود عقد ما، حالة تنازع القوانين. فالقانون الأمريكى يعرف صورة فريدة من صور تنازع القوانين وهى التنازع الداخلى للشرائع، أى لقوانين الولايات المختلفة. ومن ثم قد يرى القاضى اختيار الأساس اللاعقدى للمسئولية tort ، بدلا من الأساس العقدى لكى يثبت الاختصاص لقانون ولايته ويطبق هذا القانون على وقائع الدعوى(٢٥٦) ومن ذلك ما قد حكم به فى قضية FMC Corp. v. Varco International, Inc. (٢٥٧) ؛ فلقد تضمنت هذه القضية عقد عمل يحظر على العامل

---

(٢٥٥) أنظر فى هذا المعنى، Turner فى مؤلف: قانون الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٠٧ - ٣٠٨. والواقع أن ظاهرة الجمع بين الأساسين العقدى واللاعقدى هى ظاهرة خاصة بالقانون الأمريكى، ولا يعرفها حتى القانون الانجليزى، وفى ذلك يقول Turner :

"Incidentally in England the Court of Appeal has clearly said that where a contractual relationship of confidence exists, a non - contractual confidence cannot exist concurrently with it. This is probably due to the fact that generally speaking the English court has not recognised the separate existence of confidence apart from implied contract, and thus if confidence is found, it is found as an implied term of a contract. Thus the English couts' dictum that contractual and non-contractual confidence cannot co-exist, would have no relevance to courts which consider that non-contractual confidence is a possible independent relationship".

أنظر فى ذلك Turner فى مؤلفه: قانون الأسرار التجارية، فى ص ٣٠٨.

(٢٥٦) أنظر فى ذلك:

Jager, Trade Secrets Law Handbook, ... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٥٥.

(٢٥٧) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

FMC Corp. v. Varco International Inc., 677 F. 2d 500, 217 U.S.P.Q 135 (5 th Cir. 1982)

=

الإفشـاء بالأسـرار التجاريـة، وكـان هـذا العقـد يقضـي بأن قـانون ولايـة نيويورك هو الذى يحكم العقد، إلا أن الدعوى، مع ذلـك، تـم إقامتهـا علـى أساس المسئوليـة اللاعقديـة tort فى ولايـة تكسـاس حيث حصـل الإفشـاء بالأسرار التجارية، وهنـا قام القاضى الذى نظر الدعوى فى ولايـة تكساس بتطبيـق قانـون هذه الولاية الأخـيرة بـالنظر إلـى أن الفعـل المنشـئ للضـرر tortious misappropriation قـد حصل فيها، ومن ثم فلقد كـان عـليه أن يختـار الأساس اللاتعـاقدى حتى يتوصل إلى ذلك، أما لو كان قد اختار العقد كأساس للمسئولية لكـان قـانون ولايـة نيويـورك هـو الواجب إعـماله علـى الدعـوى من حيث الموضـوع [٢٥٨]. أضف إلى ذلك، فـإن القضـاء الأمريكـى فى بعض الأحـوال، قد يجمع بين الأساسين التعـاقدى واللاتعـاقدى لحمايـة المعـرفة الفنية. ويحصل ذلـك عنـدما يعـمد هـذا القضــاء إلـى مـد الحمايـة للمضرور إلى أبعد الحدود، فيمنحـه أمرا injunction بناء على المسئولية العقدية، ويجزل العطاء فى التعـويض بنـاء علـى فكـرة tort والتـى تسـمح بمرونـة كبيرة بمنح تعـويضات رادعـة Punitive damges بالإضـافـة إلـى التعـويضات عن الأضرار الحاصلة فعـلا [٢٥٩] Compensatory damages.

وهنــاك العـديد من التطبيقـات القضائيـة لعـلاقة الثقـة المبنيـة علـى المسئوليـة اللاعـقدية. ومن أمثلة ذلك قضيـة Junker v. Plummer [٢٦٠]،

= كما هو مشار إليـه فى مؤلف Jager ، المرجع السابق، فى ص ٥٥.

(٢٥٨) أنظر الحكم السابق، كما ورد فى مؤلف Jager ، المرجع السابق، فى ص ٥٥.

(٢٥٩) أنظـر Jager ، المرجع السابق، فى ص ٥٥. وأنظـر فى تفصيل ذلك Milgrim فى مؤلفـه: الأسرار التجاريـة، الجزء الثانى، الفصل السابع فى ص ١٥٢، وما بعدها، وكذلك الأحكام القضائية المشار إليها فيه.

(٢٦٠) أنظـر الحكم الصادر فى قضيـة:
Junker v. Plummer, 70 U.S.P.Q 332 (Mass. Sup. Ct. 1946, Splading, J.)

=

حيث قالت المحكمة بأنه على الرغم من وجود عقد ضمنى بين المدعى والمدعى عليه، فإن هناك فى نفس الوقت إمكانية لاستخلاص علاقة ثقة مستقلة، وذلك "لأن إنصاف مالك السر التجارى وحمايته واجب عندما يحاول شخص ما استعماله أو إفشاء سريته معتديا على ما تقتضيه واجبات حسن النية، مثل خرقه للعقد، أو خيانته للثقة"(٢٦١).

أما الفرض الثانى، الذى يمكن أن نتصور فيه إقامة دعوى الإخلال بعلاقة الثقة على أساس لا تعاقدى، فهو يكون فى الحالة التى يقوم فيها المتلقى باستخدام أساليب غير مشروعة improper means للحصول على المعرفة الفنية، والواقع أن هناك العديد من هذه الأساليب غير المشروعة منها الغش، أو الخداع، أو المنافسة غير المشروعة (٢٦٢) .

والقانون الأمريكى لا يعرف دعوى مستقلة للمنافسة المشروعة على المستوى الفيدرالى (٢٦٣). أما بعض الولايات فلقد سنت قوانين خاصة

= كما هو مشار إليها فى Turner ، فى مؤلفه : قانون الأسرار التجارية، فى ص ٣١٠.

(٢٦١) أنظر الحكم السابق فى ص ٣٣٥، كما هو مشار إليه فى Turner ، المرجع السابق فى ص ٣١٠.

(٢٦٢) وأنظر فى الوسائل غير المشروعة للاستيلاء على المعرفة الفنية،

S. Chesterfield Oppenheim, Unfair Trade Practices and Consumer Protection (West Publishing Co. 1974).

وبصفة خاصة فى ص ٣٠٢، وما بعدها.

(٢٦٣) أنظر:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ...

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٤٢. وعلى الرغم من عدم وجود دعوى مستقلة للمنافسة غير المشروعة على المستوى الفيدرالى، إلا أن الاستيلاء على المعرفة الفنية باستخدام طرق غير مشروعة هو بالضرورة أمر غير جائز طبقا لقواعد العدالة. أنظر فى ذلك:

بالمنافسة غير المشروعة والتى يتم تطبيقها على المسائل الخاصة بالأسرار التجارية، ومن هذه الولايات: كاليفورنيا ولويزيانا [٢٦٤]. ومن ثم فلقد حكم فى كاليفورنيا بأن استخدام أساليب غير شريفة للاستيلاء على الأسرار التجارية يمكن أن يشكل منافسة غير مشروعة فى ظل قانون الأعمال[٢٦٥]. أما أغلبية الولايات الأمريكية فهى تعرف دعوى أخرى هى دعوى تضليل الجمهور passing off [٢٦٦] وذلك عند قيام الشخص ببيع بضاعة أو ممارسة أعمال تحت اسم أو علامة أو وصف أو غير ذلك مما يضلل الجمهور ويحمله على الاعتقاد بأن البضاعة أو الأعمال المذكورة تعود لشخص غيره. وفى هذه الحالة يكون للشخص الأخير الحق فى مطالبة الشخص المضلل بالأضرار أو أداء الحساب عن أعماله كما يكون له الحق فى استصدار أمر قضائى يمنعه من الاستمرار فى أعماله التمويهية [٢٦٧]. على أنه لا يمكن للمضرور الالتجاء إلى هذه الدعوى الأخيرة إلا إذا حصل تضليل للجمهور بحيث يثور فى الأذهان أن من قام بالاستيلاء غير المشروع على المعرفة الفنية هو صاحب الفضل الأصلى فى تطويرها والقيام بإنتاج سلعة ما بناء على ذلك [٢٦٨]. ولذلك فإن دعوى التضليل passing off المعروفة فى ظل مبادئ الشريعة العامة فى الكثير من

= Ellis, Trade Secrets .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢.

(٢٦٤) أنظر فى ذلك:

Jager, Trade Secrets Law Hanbook ..... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٥٥.

(٢٦٥) أنظر Jager ، المرجع السابق فى ص ٥٥، هامش (١٥).

(٢٦٦) أنظر:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ....

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٤٢.

(٢٦٧) أنظر فى هذا المعنى: Dessemontet ، المرجع السابق، فى ص ٣٤٣.

(٢٦٨) المرجع السابق، فى ص ٣٤٣.

الولايات هى دعوى محدودة النطاق ولا تغطى كل حالات المنافسة غير المشروعة (٢٦٩).

رابعا - نظرية الإثراء بلا سبب Unjust Enrichment كأساس لعلاقة الثقة:

عندما لا يوجد أمام المضرور سبيل معين للاستناد إلى أساس عقدى أو أساس غير تعاقدى tort للحصول على الحماية المناسبة للإخلال بعلاقة الثقة فى قضايا الاستيلاء على المعرفة الفنية، فإنه عادة ما يلجأ إلى الأفكار الخاصة بالإثراء بلا سبب (٢٧٠) . والواقع إن مبادئ الشريعة العامة Common Law تتوسع فى قبول فكرة الإثراء بلا سبب، ولا تقيدها بنفس القيود التى عادة ما نجدها فى القوانين اللاتينية (٢٧١). بل إن القضاء الأمريكى، وبالذات محاكم العدالة equity courts ، يبدى تسامحا أكبر فى قبول الدعاوى المؤسسة على الإثراء بلا سبب من المحاكم الإنجليزية ذاتها (٢٧٢). ويمكن إظهار ذلك من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، يمكن للمضرور الاستناد إلى الإثراء بلا سبب، حتى ولو كانت الدعوى مؤسسة على سبب آخر كالمسئولية اللاتعاقدية tort ،

---

(٢٦٩) المرجع السابق، فى ص ٣٤٢.

(٢٧٠) أنظر ..... Ellis, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٩.

(٢٧١) المرجع السابق، فى ص ٩ حيث يذكر المؤلف أن دعوى الإثراء بلا سبب هى:
"It is a liberal action, founded upon large principles of equity, where the defendant cannot conscientiously hold the money".

(٢٧٢) أنظر:
Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ....
المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٤٧.

أى لو كان الإخلال بعلاقة الثقة مؤسسا على tort . فمحاكم العدالة فى هذه الحالة تتيح للمضرور، أن يهجر طلباته المؤسسة على tort ، وأن يطلب الحصول على استرداد الأرباح أو الفائدة التى جناها المعتدى من وراء فعله الضار. فالتعويض الممنوح فى هذه الحالة لا يكون بناء على الخطأ الحاصل، وإنما يقوم على استرداد ما حصل عليه المعتدى من فائدة بإخلاله بعلاقة الثقة [٢٧٣]. وأساس الدعوى فى هذه الحالة لا يتغير فهى ما زالت مؤسسة على المسئولية اللاعقدية tort ، كل ما هناك أن محاكم العدالة تسمح للمضرور الحصول على التعويض remedy المترتب على فكرة الإثراء بلا سبب. ومن ثم، فلا يمكن القول فى مثل هذه الأحوال أن الإثراء بلا سبب هو أساس الإخلال بعلاقة الثقة [٢٧٤]. ومع هذا فإننا كما سنرى فإن الإثراء بلا سبب يصلح بمفرده كأساس للإخلال بعلاقة الثقة فى المنازعات المتعلقة بالمعرفة الفنية، وذلك عند غياب الأساس العقدى أو الأسس المترتبة على المسئولية عن الفعل الضار tort [٢٧٥].

ومن ناحية أخرى، فإن محاكم العدالة عندما تقوم بتعويض المضرور فى قضايا الإثراء بلا سبب، فإنها لا تربط تقدير المبلغ الذى يتعين رده بالافتقار improverishment الذى أصابه، ومقدار الإثراء الذى استفاد منه المثرى. وإنما يكون التقدير وفقا لقواعد العدالة، بحيث يكون فى إمكان المحكمة أن تأمر المثرى برد أيضا ما فات المفتقر من فائدة أو ربح معين.

---

(٢٧٣) المرجع السابق، فى ص ٣٤٧.
(٢٧٤) المرجع السابق، فى ص ٣٤٧؟
(٢٧٥) أنظر Turner ، فى مؤلفه: قانون الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا، فى ص ٣٥٦.

وبالتالى فهناك دائما إمكانيـة لحصول المضرور على مبالغ تفوق مقـدار افتقـاره (٢٧٦). وهذه الفكرة ذات أهمية قصوى فى قضايا المعـرفة الفنيـة، لأن استرداد المضرور لمقدار افتقاره قد لا يشكل تعويضا عـادلا وبصفـة خاصـة أن المثرى عـادة ما يقوم باستعمال السر التجارى استعمالا قد يؤدى إلى إفشاء سريته؛ وعليه، فإن المضرور يفقد أى سبيل لاستغلال معرفتـه الفنيـة فى المستقبل. ومن ثم فإن قاضى العدالة قد يرى رد مقدار الافتقـار بالإضافـة إلى ما فات المضرور من كسب.

ومن السوابق القضائيـة الهامة التى قال فيها القضـاء كلمتـه بتأسيس علاقة الثقـة على فكرة الإثراء بلا سبب كسبب للدعوى قضيـة Matarese v. Mc Cormack Lines Inc. (٢٧٧). وتتلخص وقائع هذه القضيـة فى أن المـدعى Matarese كان رجـلا بسيطـا، وعلى قـدر قليل من التعليم، وعـادة ما كان يعمل فى أعـمال الشـحن والتفريغ علـى أرصفــة الموانـئ. ثـم قـام بعدئـذ بالالتحـاق بوظيفـة عـامل تفريـغ فـى الشركــة المدعــى عليهـا. وبملاحظتـه المستمرة، استطاع هذا العـامل أن يبتكـر نوعـا مـن الرافعـات التى يمكن استخدامها لأعمال الشحن والتفريغ، والتى من شأنها الزيـادة فـى توفير المال والوقت والجهد. وأفصح العـامل لوكيل الشركـة عن فكرتـه، ودعـاه إلى زيارة منزله للتأكد من صلاحيـة الابتكار. وفعـلا قام هذا الوكيـل

---

(٢٧٦) أنظر

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How ...

المشـار إليـه سابقا فى ص ٣٤٨.

(٢٧٧) أنظـر الحكم الصادر فى قضيـة:

Matarese v. Moore Mc Cormack Lines Inc., 71 U.S.P.Q 311 [158 F. 2d 631] (2 nd Cir. 1946, Clark C.J.)

كما هو مشار إليـه فى مؤلف Turner : قانون الأسرار التجارية، فى ص ٣٥٦.

بهذه الزيارة، ولكنه أرسل بعدئذ للعامل يخبره بعدم جدوى الابتكار. على أن الشركة المدعى عليها، قامت في غضون فترة بسيطة لاحقة باستخدام هذه الروافع، وفوجئ العامل بذلك. قام العامل برفع دعوى واستند في محكمة أول درجة على فكرة العقد الشفوى Oral agreement حيث ذهب إلى الادعاء بأنه أثناء الزيارة التي قام بها وكيل الشركة، وعده هذا الأخير بدفع ثلث ما يتم توفيره من نقود إذا ما تم استغلال الابتكار، وتعيينه رئيسا للمشرفين على هذه الآلات (٢٧٨). على أنه في أول درجة من درجات التقاضي، لم يستطع العامل إثبات هذا العقد. وفي الاستئناف قام العامل بالاستناد إلى فكرة الإثراء بلا سبب، وأن الإفشاء بسرية الابتكار كان في علاقة ثقة يتعين على الشركة احترامها. ولما كان المدعي لا يستند إلى أي عقد صريح أو ضمني، فهل يمكنه الاستناد إلى الاثراء بلا سبب، وهل الإثراء بلا سبب يمكن أن يصبح أساسا لعلاقة الثقة التي تم فيها الإفشاء بسر الابتكار، لأنه بدون وجود هذه العلاقة، فلا يمكن فرض الحماية؟

أجابت المحكمة على ذلك بأن "مبدأ الإثراء بلا سبب يمكن تطبيقه في الأحوال التي يحصل فيها الشخص على أفكار أو بضائع معينة للغير، دون مكافأته على ذلك، وهو يعلم بأهميتها للمبتكر ...". وعليه، إذا كان المتلقي من المتعين عليه العلم بأن ما يحصل عليه من معلومات لها قيمة معينة، وأن استثمار هذه المعلومات يمكن أن يحولها إلى أرباح أو فائدة ما، وأنها لو بقيت بحوزة المبتكر سرا لعادت أيضا عليه بفائدة، فإن المبتكر لا يمكن أن يفصح عن هذه الأسرار للمتلقي إلا إذا كان الأخير على علاقة ثقة معه.

(٢٧٨) أنظر الحكم السابق في ص ٣١٢، كما وردت الإشارة إليه في Turner ، المرجع السابق في ص ص ٣٥٦ – ٣٥٧.

وهذا العلم من جانب المتلقى، مع قبوله الإفشاء له بسرية المعرفة الفنية يشكل قبولا ضمنيا لعلاقة الثقة التى تحمله بعبء عدم استعمال أو استغلال هذه المعرفة خارج النطاق المحدد لها، فإن حصل هذا، فإن المتلقى يكون قد أثرى على حساب المبتكر الأصلى [٢٧٩].

كما طبق القضاء الأمريكى نفس المبدأ فى قضية Galanis v. Proctor & Gamble Corp. [٢٨٠] فى هذه القضية فإن السيدة Galanis، وكانت ربة منزل، أرسلت إلى شركة Proctor ، وهى شركة منظفات صناعية، تخبرهم فيه عن فكرة معينة لتطوير مسحوق تنظيف الملابس، وهى عبارة عن Combination أى توليفة من المسحوق العادى مضافا إليه مسحوق blue الذي يجعل اللون الأبيض ناصعا ويمنعه من الإصفرار. وردت الشركة بتقديرها لهذه الفكرة ، وأنها فى الماضى حاولت تطبيق أفكار مماثلة ، ولكن هذه الافكار غير مجدية عمليا. وبعد وقت قصير، ظهر فى السوق مسحوق جديد يحمل اسم Blue - Chear، وكان بناء على الفكرة المقدمة من السيدة المذكورة، والذى أصاب نجاحا تجاريا مذهلا. عندئذ قامت السيدة Galanis برفع دعوى ضد الشركة على أساس أن هذه الأخيرة أثرت على حسابها مستغلة علاقة الثقة التى نشأت بينهما [٢٨١].

---

(٢٧٩) أنظر الحكم السابق فى ص ٣١٣، كما وردت الإشارة إليه فى Turner ، المرجع السابق فى ص ص ٣٥٧ – ٣٥٨.

(٢٨٠) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

Galanis v. Proctor & Gamble Corp. 114 U.S.P.Q 275.

كما هو مشار إليه فى Turner فى مؤلفه: قانون الأسرار التجارية، فى ص ٣٥٩.

(٢٨١) أنظر الحكم السابق فى ص ٢٧٧، كما وردت به الإشارة فى Turner ، المرجع السابق، فى ص ٣٥٩.

أجابت المحكمة أنه من الصحيح إن فكرة هذه السيدة لم تكن مشمولة بحماية براءة الاختراع، أو قانون حقوق المؤلف copyright Law ، كما أنه لم يكن هناك أى عقد يربط بينها وبين الشركة المدعى عليها، كما أنه من الصحيح أن هذه السيدة قد قدمت هذه الفكرة إلى الشركة عن طيب خاطر، كما أنه لا يمكن الاستناد إلى العقد الضمنى لعدم وجود أى تعامل سابق أو جار بينهما، إلا أن العدالة تقضى بالقول بوجود علاقة ثقة بينهما فى اللحظة التى نما فيها العلم بسرية الابتكار لدى الشركة المدعى عليها، إذ ليس من المعقول أن تكون هذه السيدة قد كشفت عن فكرتها للشركة المدعى عليها إلا وفى نيتها وجوب الحصول على مقابل من وراء تنفيذها عمليا، وبصفة خاصة أن هذه الشركة المدعى عليها من الشركات الرائدة فى مثل هذه الصناعة. وعليه، يتعين على الشركة المدعى عليها أن تقوم بتعويض السيدة المدعية ورد قيمة quantum meruit هذه الفكرة، وذلك على أساس فكرة الإثراء بلا سبب (٢٨٢) .

والخلاصة، أن القضاء الأمريكى فى ظل مبادئ الشريعة العامة Common Law Principles يتيح لمالك المعرفة الفنية حماية واسعة. هذه الحماية تمتد حتى خارج نطاق حق الملكية، وذلك إذا كانت المعرفة الفنية قد وصلت إلى شخص المتلقى من خلال علاقة ثقة معينة. وعلاقة الثقة فى القانون الأمريكى لها مفهوم فضفاض، فهى لا تقتصر فقط على العلاقات ذات الطابع التعاقدى، وإنما تمتد أيضا إلى حالات غير تعاقدية يمكن تصورها بناء على المسئولية اللاتعاقدية (التقصيرية) Tort Liability،

---

(٢٨٢) الحكم السابق فى ص ٢٧٧، كما وردت به الإشارة فى Turner ، المرجع السابق، فى ص ٣٦٠.

وفى هذا خلاف حتى مع القانون الانجليزى نفسه، والذى لا يتصور قيام علاقة ثقة ما، بدون عقد. كما يتيح القضاء الأمريكى الفرصة للمضرور لإقامة دعواه الناشئة عن الإخلال بعلاقة الثقة بناء على أفكار تعاقدية وقواعد المسئولية اللاتعاقدية (التقصيرية) Totrs ؛ فالمضرور لا يجبر على الاستناد إلى أساس معين للمسئولية، أو بعبارة أخرى، فمبادئ الشريعة العامة لا تجبر المضرور على الخيرة بين المسئوليتين التعاقدية أو التقصيرية، بل يسمح للمضرور بالجمع بينهما، وذلك لكى يتمكن القاضى من منح الحماية أو العلاج العادل remedy بحسب كل قضية.

خـاتمـة

تخضع المعرفة الفنية فى حمايتها لمبادئ الشريعة العامة Common Law principles فى القانون الأمريكى، إذ لا يوجد قانون فيدرالى يحكمها. فالحماية الفيدرالية تمتد فقط لتحكم الابتكارات التى تصدر عنها براءة اختراع. ولقد أتاح هذا الوضع لمحاكم العدالة التوسع فى فرض الحماية الواجبة للمعرفة الفنية طبقا للقواعد المرنة التى تطبقها هذه المحاكم. وهناك مظاهر عديدة لهذه الحماية الواسعة.

فمن ناحية أولى، فإن القضاء الأمريكى يتوسع إلى حد كبير فى تعريف المعرفة الفنية Know - How ، إذ لا يقصرها على المعارف التقنية التى قد تتمثل فى منتج معين، أو وسيلة، أو تركيبات كيميائية، أو آلة معينة، بل يمتد تعريفها ليشمل أيضا كل من المعلومات التجارية والإدارية والتنظيمية التى قد يطورها مشروع ما، ويحتفظ بها سرا لأنها تكسبه ميزة تنافسية فى مواجهة المشروعات الأخرى. وعليه، فإن المعرفة الفنية تتماثل مع ما يعرف هناك بالأسرار التجارية. ولقد تأكدت هذه الفكرة، بصفة خاصة، بعد صدور القانون الموحد للأسرار التجارية، والذى يتبنى تعريفا واسعا للسر التجارى. وعلى الرغم من أن هذا القانون الأخير ليس قانونا فيدراليا، إلا أن الغالبية العظمى من الولايات الأمريكية قد قامت بتبنيه؛ كما أن الولايات الأخرى التى لم تأخذ به، اقتبست أحكاما مشابهة لأحكامه.

على أنه يشترط أن تتوفر المعرفة الفنية على شروط معينة. فينبغى أن تكون ذات قيمة عملية؛ وذلك لأن محاكم العدالة لن تقوم بإضفاء الحماية على المعلومات المجردة غير القابلة للتنفيذ العملى. ومن ثم يتعين أن يكون هناك استعمال فعلى للمعرفة الفنية، بحيث تكسب المالك ميزة اقتصادية فوق منافسيه. كما يشترط أن تتوفر المعرفة الفنية على قدر من الجدة، وليس المقصود من ذلك أن تشكل المعرفة بذاتها اختلافا جذريا عن ما هو سائد فى الفن الصناعى، ولكن كل ما هناك أنه يشترط أن تتوفر على اكتشاف ما، وإن لم يكن له نفس درجة الأصالة المطلوبة فى الابتكار القابل لشموله ببراءة اختراع، بحيث يكفى لجدته أن تكون طريقة استعماله أو اسلوب الاستفادة منه ليست فى متناول الآخرين فى نفس المجال. كما يتعين أخيرا، أن تتصف المعرفة الفنية بالسرية. والسرية فى مجال المعرفة الفنية هى سرية نسبية، بحيث لا يمتد العلم بها إلى المشتغلين فى فن صناعى معين دون قيد، أو بدون أن يشكل هذا أى اعتداء على مالكها الأصلى. ومن ثم فلا يطعن فى سرية المعرفة الفنية وجود آخرين لديهم العلم بها، كهؤلاء الذين قاموا بتطويرها بطريقة مستقلة، أو هؤلاء الذين اتصل علمهم بها من خلال علاقة خاصة تربطهم بالمالك الأصلى، كوجود علاقة عمل ما، أو عقد ترخيص بالاستعمال. أضف إلى ذلك، أنه لا يشترط أن تكون المعرفة الفنية ذات سرية مطلقة من حيث الموضوع، وهذا من شأنه إتاحة الفرصة لحماية تكنولوجيا التوليفة Combination التى وإن كانت جميع عناصرها معروفة للمشتغلين بفن صناعى ما، إلا أن طريقة استخدام هذه العناصر كمجموع لمعالجة أو حل مسألة ما لم تكن ذائعة من

قبل. وهذا يتيح إلى حد بعيد التوسع فى المحل الذى ترد عليه المعرفة الفنية التى يمكن شمولها بالحماية.

ومن ناحية ثانية، فإن قواعد الشريعة العامة فى القانون الأمريكى تؤكد على الطابع العينى لحق ملكية المعرفة الفنية. والاعتراف بحق الملكية على المعرفة الفنية يتيح للمالك سلطات واسعة، فله سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف. ويمارس المالك هذه السلطات، كما لو كان يمارسها على شئ مادى. ذلك أن مضمون حق الملكية كحق عينى فى القانون الأمريكى أوسع كثيرا من ذلك السائد فى القوانين اللاتينية، فهو لا ينحصر فى الأشياء المادية وإنما يشمل أيضا الحقوق المعنوية والحقوق الشخصية. ولمالك المعرفة الفنية نفس سلطات المالك لشئ مادى. فيجوز له استعمالها واستغلالها والتصرف فيها. كما يترتب على الاعتراف بثبوت الحق فى ملكية المعرفة الفنية، وفقا للمعنى الدقيق لهذا الإصطلاح، أن يكون للمالك حمايتها مدنيا كما يحصل بالنسبة للأشياء المادية، فيكون له دعوى استرداد فى مواجهة من قام باغتصابها، ويكون له المطالبة بمنع الغير من التعرض له فى استعمالها .. الخ. أضف إلى ذلك، أن القوانين الجنائية للولايات المختلفة تجرم الاستيلاء غير المشروع على الأسرار التجارية (المعرفة الفنية)، وتعاقب عليه بإعتباره داخلا فى عداد جرائم سرقة الأشياء.

ومن ناحية ثالثة، فإن القضاء الأمريكى لا يلجأ إلى حماية المعرفة الفنية بناء على حق الملكية إلا إذا لم توجد علاقة ثقة ما بين المالك

والمتلقى لها. أما إذا توفرت مثل هذه العلاقة، فإن القضاء الأمريكى يفضل حماية المعرفة الفنية من منطلق خيانة المتلقى لهذه العلاقة، لأن ذلك يخول المضرور حماية أكبر، وخاصة من ناحية التعويض الذى يتعين على المتلقى دفعه. فليس من النادر فى قضايا المعرفة الفنية أن تقوم المحاكم الأمريكية بفرض تعويضات رادعة على المتسبب فى الضرر، بمعنى أن التعويض الذى يستحق عند خيانة علاقة الثقة لا يكون فقط بناء على الأضرار الحاصلة، ولكنه يشمل تعويضات لها صفة العقوبة Punitive damages . كما أن استخدام علاقة الثقة كأساس لحماية المعرفة الفنية يعطى الفرصة للمحاكم الأمريكية للجمع بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية فى آن واحد لحماية المضرور. بل إن القضاء الأمريكى لا يتردد فى بناء علاقة الثقة على أساس المسئولية اللاعقدية Tort ، وحدها لأنه لا يشترط لوجود علاقة ثقة ما وجود أى صبغة تعاقدية؛ وهذه إحدى خصوصيات القانون الأمريكى، وفى هذا اختلاف حتى مع القضاء الانجليزى الذى يرى عدم امكانية وجود علاقة الثقة خارج نطاق العقد، على الأقل فى صورته الضمنية. بل إن القضاء الأمريكى يبلغ الذروة فى حمايته لمالك المعرفة الفنية، وذلك عند تأسيسه حماية علاقة الثقة بناء على الأفكار الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب، وعدم الاقتصار فى تعويض المالك المضرور بقيمة ما أصابه من افتقار، وإنما أيضا بما فاته من كسب، وهذه خصوصية أخرى للقضاء الأمريكى.

ومن ناحية رابعة، فإن وجود علاقة ثقة ما بين المالك والمتلقى قد أتاح للقضاء الأمريكى التوسع فى حماية المالك من عدة جوانب: فمن

جانب أول، فإن القضاء الأمريكى يميل إلى إلزام المتلقى بالكتمان والحفاظ على سرية المعرفة الفنية حتى بعد انتهاء أجل العلاقة التعاقدية التى تربط الطرفين. فالالتزام بالكتمان لا يرتبط بمدة العقد، وإنما يرتبط باستمرارية علاقة الثقة بين الطرفين، حتى بعد انتهاء أجل العقد نفسه. ومن جانب آخر، فإن علاقة الثقة التى تنشأ بين المالك والمتلقى تستمر حتى ولو قام المالك بالحصول على براءة الاختراع، إذا كانت هذه العلاقة قد نشأت قبل الحصول على البراءة. ولقد استقر القضاء الأمريكى على هذا المبدأ بعد صدور حكم المحكمة العليا فى قضية Kewanee ، وذلك على الرغم من ذيوع سرية الابتكار فى البراءة؛ ويترتب على ذلك أن المتلقى يلتزم بدفع نفقات التكنولوجيا على أساس قيمتها قبل الحصول على البراءة، حتى ولو كانت أعلى من تلك النفقات التى يحصل عليها المالك بعد حصوله عليها.

لا ريب إذا أن مالك المعرفة الفنية يتمتع بحماية واسعة فى نطاق القانون الأمريكى. ومع هذا فإن قيام المالك الأمريكى للتكنولوجيا بتصديرها خارج حدوده الاقليمية، كالدخول فى عقود ترخيص دولية، قد يتضمن – من وجهة نظره – مخاطر عديدة من حيث أنه لن يلق نفس القدر من الحماية التى تخوله له قواعد قانونه الداخلى، والتى أرسى القضاء الأمريكى مبادئها خلال سنين كثيرة. هنا يقوم المورد الأمريكى للمعرفة الفنية باستخدام العقد كآلية وحيدة يمكنه من خلالها فرض أفكاره الوطنية على

المتلقى (٢٨٣) . وعليه، فمن المألوف أن يقوم المورد الأمريكى للتكنولوجيا بتضمين عقوده مع المستوردين الأجانب شروطا صريحة يكون من أثرها استفادة المالك المورد بقدر الامكان من الحماية التى عادة ما يلقاها فى قانونه الوطنى، وليس أدل على ذلك من تضمين عقود نقل المعرفة الفنية شروطا صريحة بالالتزام بالكتمان حتى بعد انتهاء مدة عقد الترخيص نفسه (٢٨٤).



(٢٨٣) أنظر فى استخدام العقد كأحد الآليات القانونية لحماية المعرفة الفنية على المستوى الدولى وذلك من جانب الشركات المتعددة الجنسيات، الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة فى الآليات .... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٧١ - ١٧٢، وأيضا راجع الفصل الثانى من ذات المؤلف.

(٢٨٤) أنظر فى معنى قريب:

Guidelines for Evaluation of Transfer of Technology Agreements, U.N (1979), III - Know - How and the Know - How agreement.

وبصفة خاصة فى ص ١٨.

وأنظر بصفة عامة:

Henry Dahl, U.S. Restrictions on High Technology Transfer : Impact Abroad and Domestic Consequences, Vol. 26 Columbia Journal of Transnational Law PP. 27 - 51 (1987 - 1988).

«الآثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة - دراسة نظرية تطبيقية»

د. أحمد محمد مندور*

مقدمة:

بينما يعتقد الاقتصاديون أن الآثار السلبية لصادرات الدول النامية إلي الدول الصناعية المتقدمة تكون محددة وضئيلة بل وغير مؤكدة أحياناً علي العمال في الدول الأخيرة فإن الرأي العام ومحبذي إجراءات الحماية قد يبالغون في تقدير هذه الآثار.

فالنظرية الاقتصادية تفترض أن التجارة لايترتب عليها تقليل فرص العمالة علي مستوي الاقتصاد القومي طالما أن عنصر العمل يتميز بالقابلية للإنتقال أو القدرة علي التحرك فضلاً عن المرونة التي تتميز بها الأجور وإن كان من المحتمل أن يتأثر هيكل الإنتاج والأسعار النسبية وتوزيع العمل بين القطاعات المختلفة فضلاً عن التأثير في هيكل المهارات للطلب علي العمل.

وبالرغم من محاولات الاقتصاديين تقدير آثار تجارة الدول الصناعية مع الدول النامية علي ظروف العماله بالدول الصناعية. إلا أن معظم هذه التقديرات تتحيز لإسفل (تعطي تقديراً أقل من الحقيقي). وقد تزداد قيمة هذه التقديرات نسبياً بعد الأخذ في الاعتبار أسباب التحيز، ولكن ستظل منخفضة إلي حد كبير إذا ما قورنت بما يعتقده محبذو الحماية ويبقي تقدير الأثر الصافي الحقيقي في الواقع غير مؤكد، ففي الوقت الذي يزداد الوضع الاقتصادي النسبي سوءاً لبعض الفئات (مثل العمال وخاصة غير المهرة) في الدو الصناعية فإن فئات أخري تحقق مكاسب أكبر وخاصة (المستهلكون الذي يتمتعون بإستهلاك سلع أرخص نسبياً).

إن إهتمام الرأي العام في الدول الصناعية المتقدمة بخصوص فرص التوظف وظروف العمل قد يؤدي إلي مطالبة الحكومات في هذه الدول تتبني سياسات تقييدية في مواجهة صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة وخاصة كثيفة العمل منها. وفي المقابل فإن الأخذ بوجهة نظر الاقتصاديين القائلة بضآلة الآثار السلبية لتجارة الدول المتقدمة مع الدول النامية قد يشجع الحكومات علي تبني سياسات غير حمائية تشجع التجارة مع الدول النامية فضلا عن استخدام بعض الوسائل أو السياسات لتقليل الآثار المعاكسة بالنسبة للعمالة وخاصة غير

* مدرس بقسم الإقتصاد - كلية التجارة - جامعة الإسكندرية.

الماهرة من خلال التوسع في التدريب والتعليم وخلق فرص عمل جديدة، فضلا عن إتباع أنظمة ملائمة للضرائب والرفاهية والضمان الاجتماعي.

خطة البحث :

يحاول البحث التعرف علي طبيعة ومدي أهمية الآثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة. بهدف الوصول إلي الأثر الصافي الحقيقي (سواء سلباً أو إيجابياً) وقد إستلزم هذا ضرورة القيام بتحليل بعض المؤشرات سواء من واقع البيانات التطبيقية (معدلات إختراق الواردات) أو تلك المستخدمة في بعض الدراسات التي تتناول تقدير آثار التجارة مع الدول النامية علي فرص العمالة بالدول الصناعية مثل دراسات محتوي التجارة من عوامل الإنتاج، ودراسات مدي مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة ولما كانت هذه المؤشرات لاتخلو من المشاكل التي تؤثر في دقة ودلالة التقديرات، لذلك كان من الضروري تقييم كل منها للوصول في النهاية إلي نتائج أفضل بخصوص الأثر الصافي الحقيقي علي العمالة.

ولذلك يشتمل البحث علي النقاط الرئيسية التالية :

أولا : طبيعة الآثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة.

- **الآثار الأولية.**
- **الآثار الثانوية.**

ثانيا : تحليل بعض المؤشرات الدالة علي الآثار المحتملة علي العمالة.

- **معدلات إختراق الواردات.**
- **محتوي التجارة من عوامل الإنتاج.**
- **مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة.**

ثالثا : تقييم المؤشرات السابقة.

رابعا : ملخص البحث وأهم النتائج.

أولا : طبيعة الآثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي ظرف العمالة في الدول الصناعية المتقدمة :

تتأثر معظم صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة بما تفرضة الدول الصناعية المتقدمة من قيود جمركية وغير جمركية علي هذه المنتجات وخاصة كثيفة العمل منها.

ولذا يكون من الصعب أن نحدد بدقة مدي إستجابة تدفقات التجارة للتغيرات في هذه القيود. وللتغلب علي هذه المشكلة ربما يكون من المعقول أن نفترض أن إزالة أو تقليل هذه القيود يؤدي إلي التوسع في صادرات الدول النامية نظراً لزيادة مقدرتها التنافسية في الأسواق الدولية. إن إفتراض تحرير التجارة بين الدول الصناعية والدول النامية قد يترتب عليه إفتراض ضمني آخر وهو إمكانية إحلال واردات الدول المتقدمة من الدول النامية محل الناتج المحلي في الدول المتقدمة[١]. ومن المتوقع أن يترتب علي هذا الإفتراض سلسلة طويلة من الإنعكاسات علي العمالة في الدول المختلفة ولكننا سنركز علي مايحدث للعمالة في الدول الصناعية المتقدمة فقط نتيجة قيام التبادل بينها وبين الدول النامية.

ويمكن التمييز بين عدة آثار محتملة لزيادة معينة في صادرات الدول النامية من إحدي المنتجات إلي الدول الصناعية المتقدمة علي ظروف العمالة بالدول الأخيرة. وتنقسم هذه الآثار إلي اثار أولية Primary effects وأخري ثانوية Secondary effects.

وفيما يلي نوضح المقصود بكل منهما :

١- الأثار الأولية Primary effects

وتنقسم إلي الآثار المبدئية "Initial" وآثار الربط "Linkage".

ويقصد بالآثار المبدئية تلك الأثار المصاحبة للتغيرات في التجارة والتي تنعكس في شكل التغيرات في الإنتاج والقيمة المضافة والعمالة وذلك في الصناعة المنتجة للسلع النهائية

(١) إذا إفترضنا الإحلال التام فإن واردات الدولة المتقدمة (أ) التي تعادل قيمتها مليون دولار من المنتج (س) علي سبيل المثال والتي تحصل عليها من الدولة النامية (ب) يؤدي إلي إنخفاض الناتج المحلي في (أ) وزيادته في (ب) بنفس القدر.

ويلاحظ أن مثل هذا الأفتراض قد يثير العديد من المشاكل المرتبطة بكيفية وإمكانية حدوث الإحلال وخاصة في مجال التجارة الدولية، ولكننا نفترض للتبسيط أن هذا الإحلال قد حدث بالفعل وما نرغب فيه أساساً هو معرفة آثاره علي فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة.

أنظر : H.F. Lydall, Eployment Effects of Trade Expansion, International Labor Re-veiw, March, 1975, No. 3, pp. 219-234.

محل التبادل، فزيادة واردات الدولة المتقدمة (أ) من الأحذية الجلدية علي سبيل المثال والتي تستوردها من الدولة النامية (ب) يؤدي إلي نقص في الناتج المحلي والقيمة المضافة والعمالة في الدولة (أ) وزيادتها في (ب). وهكذا فإن الأثر المبدئي علي العمالة في الدولة المتقدمة نتيجة زيادة وارداتها من سلعة معينة. مثل الأحذية يتمثل في تقليل العمالة في المصانع المنتجة لهذه السلع في هذه الدول.

أما أثار الربط فتحدث نتيجة الاعتماد المتبادل بين صناعة الأحذية (كمنتج نهائي) والصناعات الأخري التي تمدها بالمستلزمات الوسيطة المطلوبة بالإضافة إلي العمل المحلي المستخدم في إنتاج هذه المستلزمات. وبالتالي فإن إحتياجات العمل المحلي لإنتاج الأحذية يجب إن يشتمل علي العمال بمصانع الأحذية وكذلك أيضا علي العمل المستخدم في إنتاج المواد الخام والمكونات المختلفة التي تلزم لصناعة الأحذية.

ومن ثم يترتب علي آثار الربط تقليل العمالة في الدولة المتقدمة المستوردة للأحذية. وربما تضعف من الآثار السلبية علي العمالة التي يسببها الأثر المبدئي وأثار الربط وجود بعض التسربات "Leakages" من خلال تقليل الواردات أو زيادة الصادرات، فالأثر المبدئي المتمثل في نقص الإنتاج المحلي في الدول المستوردة (للإحذية) قد يؤدي إلي تقليل إستيراد المستلزمات الوسيطة للإحذية أو يشجع علي تصديرها لعدم الحاجة إليها في صناعة الأحذية نتيجة التحول إلي صناعات أخري الأمر الذي يترتب عليه أثار إيجابية بالنسبة للعمالة.

٢- الأثار الثانوية Secondary effects

تنشأ الأثار الثانوية علي العمالة في الدول الصناعية عندما تقوم الدول النامية بإنفاق صافي متحصلاتها من الصرف الأجنبي (نتيجة زيادة صادراتها إلي الدول المتقدمة) علي شراء واردات إضافية، ويسمي هذا الأثر بأثر الإنفاق "Expenditure effects". فمن المحتمل أن تستخدم الدول النامية صافي متحصلاتها من الصرف الأجنبي في أغرض عديدة مثل القيام بتصدير رأس المال أو سداد الديون الخارجية. وقد يستخدم جزء منها في تمويل الواردات الإضافية سواء من التجهيزات الرأسمالية أو المشتريات العادية من السلع والخدمات[١].

---

(١) عندما يكون هناك طاقة فائضة في الصناعتين أو أن توسع الصادرات يحفز علي تدفق رأس المال الإجنبي إلي الداخل لتمويل التوسعات في الطاقة الصناعية فإن معظم المكتسبات الصافية من الصرف الأجنبي في الدول النامية تستخدم لتمويل المشتريات من واردات السلع والخدمات التي تحصل عليها من الدول الصناعية المتقدمة.

وقد يترتب علي ذلك زيادة في الطلب علي صادرات الدول المتقدمة ومن ثم يزداد الطلب علي العمالة في هذه الصناعات، ومن المحتمل أن يحدث الإنتقال في العمالة والموارد الأخري من الصناعات المنافسة للواردات من الدول النامية إلي الصناعات الأخري (التي تكون أكثر ربحية وأكثر أرتفاعاً في معدلات الأجور).

ويتوقف الأثر الصافي علي العمالة في الدول الصناعية المتقدمة علي محصلة الأثار الأولية والثانوية السابق الإشارة إليها أي مجموع كل من الأثار المبدئية وأثار الربط فضلاً عن أثر الإنفاق.

ثانيا : تحليل أهم المؤشرات الدالة علي الأثار المحتملة علي العمالة نتيجة للتوسع في الصادرات :

يمكن التعرف علي أثار صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة من خلال دراسة بعض المؤشرات الهامة مثل معدلات إختراق الواردات، حساب المحتوي السلعي للتجارة من عوامل الإنتاج وخاصة من عنصر العمل بالإضافة إلي مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة.

وفيما يلي نتناول هذه المؤشرات الثلاثة بالتحليل بغرض التعرف علي الأثر الصافي علي العمالة في كل منهما :

١- معدلات إختراق الواردات Import Penetration Ratios

تقيس معدلات إختراق الواردات النسبة المئوية من واردات الدول المتقدمة من الدول النامية في إستهلاك الدول الصناعية المتقدمة من المنتجات المصنعة.

وتشير بعض التقديرات أن النسبة في عام ٨٩/ ٩٠ بالنسبة لمجموعة الدول النامية ككل تصل إلي حوالي ٤ر٢٥٪ في الولايات المتحدة وكندا، ٣ر٢١٪ في الدول الأوروبية، ٢ر١١٪ في اليابان وبالرغم من أن السوق الأمريكي هو الأكثر إتساعاً أمام منتجات الدول النامية حيث يتسع لما يزيد عن ضعف مايستوعبه السوق الياباني كما يتضح من جدول (١) إلا أن النمو في معدلات إختراق الواردات كانت أكبر في اليابان (٦٠ر٠) بالمقارنة مع الدول الأخري (٤٧ر٠)، وذلك في الفترة من ٨٦/ ٨٧ حتي ٨٩/ ٩٠ وإذا نظرنا إلي معدلات إختراق الواردات من قبل الدول النامية الرئيسية المصدرة للمنتجات المصنعة نجد نفس الإتجاه السابق كما يتضح من جدول (١).

جدول (١) معدلات إختراق الواردات في أهم الدول الصناعية المتقدمة
من قبل صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة ٨٤-١٩٩٠
(نسبة مئوية)

السوق / البلد المصدر	المعـدلات ٨٤-٨٥	٨٦-٨٧	٨٨-٨٩	٨٩-٩٠	الزيادة في المعدل*
الدول النامية ككل :					
الولايات المتحدة وكندا	٣٫٢٩	٣٫٧٨	٤٫٢١	٤٫٢٥	٠٫٤٧
دول EEC	٢٫٩٤	٢٫٧٤	٣٫١٤	٣٫٢١	٠٫٤٧
اليابان	١٫٦٥	١٫٥١	١٫٩٦	٢٫١١	٠٫٦٠
الدول النامية المصدرة للمنتجات المصنعة:					
الولايات المتحدة وكندا	٢٫٣٠	٢٫٨٥	٣٫١٣	٣٫٠٣	٠٫١٨
دول EEC	١٫٢٠	١٫٣٦	١٫٦٢	١٫٦٠	٠٫٢٤
اليابان	٠٫٩٢	٠٫٩٢	١٫٢١	١٫٢٤	٠٫٣٢

* تم حساب الزيادة في المعدل بالفرق بين معدلات الإختراق في عام ٩٠/٨٩ وعام ٨٧/٨٦ .

المصدر : UNCTAD, Trade and Development Report, 1993, p. 21.

ويلاحظ مما سبق ضآلة معدلات إختراق الواردات أي ضآلة النصيب النسبي للواردات من الدول النامية في إستهلاك الدول الصناعية المتقدمة من المنتجات المصنعة ومن ثم ضآلة الأثار السلبية علي العمالة في الدول الصناعية. وقد يستنتج من ذلك أن الخوف من التوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة إلي الدول الصناعية ليس له مبرر كما يتضح من الأدلة التطبيقية.

٢- محتوى التجارة من عوامل الإنتاج (العمل)

"Studies of The Factor Content of Trade"

تهتم دراسات محتوي التجارة من عوامل الإنتاج وخاصة العمل بمعرفة كمية العمل اللازم لإنتاج السلع التي تصدرها الدول المتقدمة للدول النامية، وكذلك كمية العمل اللازمة إذا ما أرادت الدول الصناعية أن تنتج محلياً السلع التي تستوردها من الدول النامية.

ويقدر الأثر الصافي لمحتوي التجارة من العمل بالفرق بين محتوي كل من الصادرات والواردات من العمل ويمكن حساب الأثر الصافي علي مستوي الاقتصاد القومي ككل أو

بالنسبة لصناعات معينة وأيضا بالنسبة لفئات معينة من العمال.

وبينما يكون حساب محتوي العمل الفعلي في الصادرات بسيطاً ومباشراً بالرغم من أنه يحتاج إلي توافر قدر كبير من البيانات فإن حساب محتوي العمل الإفتراضي في الواردات يكون أكثر صعوبة من الناحية العملية، حيث يفترض الاقتصاديون أن كل الواردات تعتبر منافسة للناتج المحلي ومن ثم يركزون علي المحتوي الفعلي للعمل في الصناعات المحلية التي تنتج سلعا مماثلة للواردات.

ويتضح من تقديرات محتوي العمل في الصادرات والواردات للعديد من الدول الصناعية المتقدمة وجود درجة كبيرة من التشابة في النتائج بالرغم من وجود إختلافات في الطرق المنهجية المستخدمة.

وكما يتضح من جدول (٢) أن الواردات تتضمن قدراً أكبر من العمل بالمقارنة مع الصادرات وهذا يعتبر أمراً متوقعاً طالما أن الميزة النسبية للدول النامية تكمن أساساً في المنتجات كثيفة العمل - وإن كانت الفروق ضئيلة لاتتجاوز ٢٠٪ في المتوسط بين محتوي العمل في الصادرات والواردات.

جدول (٢) معدل محتوي العمل في الصادرات
إلي محتوي العمل في الواردات المنافسة في بعض الدول الصناعية المتقدمة

السنة	الدولة	المعدل
٨٣	دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ككل OECD	٨٠ر٠
٨٥	ألمانيا	٧٨ر٠
٨٥	فرنسا	٨٠ر٠
٨٥	إيطاليا	٩٩ر٠
٨٥	هولندا	٨٠ر٠
٨٥	بلجيكا	٨٥ر٠
٨٥	المملكة المتحدة	٧٨ر٠

المصدر :
Adrian wood, How Much Does Trade With The South Affects Workers In The North? The World Bank Research Observer, Jan. 91, p. 22.

ويستنتج مما سبق أنه طالما أن محتوي العمل في الواردات المصنعة يزيد عنه في الصادرات فإن التوسع المتوازن في التجارة مع الدول النامية ربما يؤدي إلي تقليل فرص العمالة في الدول النامية الصناعية المتقدمة. غير أنه من الملاحظ أن هذا النوع من التجارة لايكون متوازناً حيث تحقق الدول النامية المتقدمة - ككل - فائضا كبيراً في تجارتها مع مجموعة الدول النامية، بل قد أتضح من بعض التقديرات حدوث زيادة في فرص العمالة في القطاع الصناعي بالدول المتقدمة كما يصور جدول (٣). وإن كان يستثني من هذا -الولايات المتحدة- التي تحقق عجزاً في تجارة المنتجات المصنعة مع الدول النامية (وخاصة دول شرق آسيا). ولكن يلاحظ حتي في هذه الحالة الإستثنائية أن النقص في فرص العمالة يبدو ضئيلاً للغاية.

جدول (٣) آثار التجارة في المنتجات المصنعة مع الدول النامية
علي فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة عام ٨٣

(الأعداد بالآلاف المشتغلين)

الإقليم	الصادرات (ص) الأثر (+)	الواردات (و) الأثر (-)	الأثر الصافي (ص - و)
الولايات المتحدة	٦٦٢	٧٩٥	- ١٣٣
دول السوق الأوروبية	١,٥٠٨	٦٤٤	٨٦٤
اليابان	٩٤٧	١٣٤	٨١٣
الدول الأخري في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية	٣٧١	٢٠٤	١٦٧
دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ككل	٣,٤٨٨	١,٧٧٦	١,٧١٢

المصدر : Ibid, p. 23

وعلي الرغم من ضآلة الأثار علي العمالة علي مستوي الاقتصاد القومي ككل فإن هذه الأثار قد تكون جوهرية إذا نظرنا إلي العمالة علي أساس مستوي الصناعة ومستوي المهارات.

ومن المتوقع أن تكون الأثار السلبية علي صناعات معينة مثل المواد الغذائية، المنتجات الخشبية، المنسوجات والملابس، الأحذية الجلدية. حيث تقل فرص العمالة بهذه الصناعات نتيجة التوسع في صادرات المنتجات المصنعة من الدول النامية إلي الدول الصناعيه

المتقدمة[1] غير أن هذه الأثار السلبية تقل إلي حد كبير إذا أخذنا في الاعتبار الزيادة في فرص العمالة التي تتحقق في صناعات الآلات والصناعات الكيميائية نتيجة زيادة واردات الدول النامية من هذه المنتجات.

أما بالنسبة للتأثير علي المهارآت فمن المحتمل أن يختلف تأثير التجارة علي العمال المهرة عنه بالنسبة لغير المهرة، حيث يتضح من العديد من الدراسات أن الصناعات التي تقوم بالتصدير إلي الدول النامية تستخدم غالباً نسب أعلي من العمال المهرة بالمقارنة مع تلك الصناعات التي تتنافس مع الواردات من الدول النامية، وبينما يستفيد العمال المهرة من هذا النوع من التجارة يزداد الوضع سوءاً بصفة خاصة بالنسبة للعمال شبة المهرة وغير المهرة وذلك كما يتضح من جدول (٤) وجدول (٥).

جدول (٤) محتوي المهارة في تجارة المنتجات المصنعة مع الدول النامية عام ١٩٧٥ في دول OECD (نسب مئوية كل المشتغلين في القطاعات المرتبطة بالتجارة)

محتوي المهارة	الصادرات	الواردات المنافسة
الفنيون	١١٫٢	٦٫٠
الموظفون	١٩٫٥	١٦٫٩
أصحاب المهارات اليدوية	٢٣٫٢	١٣٫٥
أصحاب المهارات الأخري	٤٦٫٠	٦٣٫٦

المصدر : Ibid, p. 23

ويتضح من جدول (٤) أن التجارة بين دول OECD والدول النامية في مجال المنتجات المصنعة تفيد أصحاب المهارات الفنية واليدوية (يكون الأثر الصافي إيجابي) علي حساب أصحاب المهارات الأخري الأقل (يكون الأثر الصافي سلبي).

ويتضح نفس الاتجاه بالنسبة لمحتوي المهارة في الدول النامية الأوروبية منفصلة عام ٨٥، حيث تزيد نسبة العمل غير الماهر وشبه الماهر في الصناعات التي تتنافس مع الواردات بالمقارنة مع تلك التي تقوم بالتصدير ومن ثم يكون الأثر سلبياً وذلك كما يتضح من جدول (٥).

---

(١) يمكن تفسير ذلك بأن الدول النامية ذات الفائض في عنصر العمل تستطيع أن تحل العمل محل رأس المال بدرجة أكبر من السهولة في الصناعات كثيفة العمل حيث تكون التكنولوجيا أكثر تطويعاً بالمقارنة مع القطاعات كثيفة رأس المال، وعلي ذلك فإن التوسع في صادرات هذه المنتجات إلي الدول الصناعية المتقدمة – يؤثر سلبياً علي فرص العمالة بها بينما يكون الأثر إيجابي علي فرص العماله بالدول النامية.

أنظر : Lydall, op. cit, pp. 226-228.

جدول (٥) محتوي العمل غير الماهر وشبه الماهر في تجارة أهم الدول الأوروبية الصناعية عام ٨٥ مع الدول النامية في مجال المنتجات المصنعة (نسب مئوية كل المشتغلين في القطاعات المرتبطة بالتجارة)

الدولة	الصادرات	الواردات المنافسة
المانيا	٣٦ر٧	٥٢ر٧
فرنسا	٣١ر٤	٤٢ر٨
إيطاليا	٤٦ر٧	٥١ر١
هولندا	٤٢ر٦	٥٣ر٠
بلجيكا	٤٢ر٩	٥٠ر٢
المملكة المتحدة	٤١ر٣	٥١ر١

المصدر : Ibid, p. 23

٣- مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير فى فرص العمالة

تحاول العديد من الدراسات تحديد الأثار الكمية علي نمو العمالة التي يمكن أرجاعها إلي مساهمة المصادر المختلفة مثل الطلب المحلي، والواردات، والصادرات، ونمو الإنتاجية. وتعتبر طريقة المساهمة في مصادر النمو "Accounting Approach" من أكثر الطرق المنهجية إستخداماً في هذا المجال.

فيما يلي نوضح كيفية إستخدام هذا الأسلوب في تجزئة مصادر التغير في فرص العمالة[1]:

إذا إفترضنا أن الطلب المحلي C، الناتج المحلي Q، الصادرات X والواردات M (حيث C, Q, X, M) تقاس بالأسعار الثابتة) يمكن بالنسبة للسلعة i وفي الفترة الزمنية t الحصول علي المتطابقة (١) ;

$$C_{it} \equiv Q_{it} - X_{it} + M_{it} \qquad (1)$$

وإذا إفترضنا أن مستوي العمالة E، متوسط إنتاجيةالعمل P فإنه يمكن كتابة المتطابقة (٢) علي النحو التالي :

$$P_{it} \equiv \frac{Q_{it}}{E_{it}} \qquad (2)$$

(1) Johen P. Martin and Johen M.Evans, Notes on Measuring The Employment Displacement Effects of Trade By the Accounting Procedure, Oxford Economic Papers, March 1981, pp. 154-164.

ويمكن إستخدام المتطابقتين (1) ،(2) معاً للحصول علي متطابقة أخري وبعد إيجاد تفاضلها بالنسبة لعنصر الزمن نحصل علي معادلة تعبر عن مصادر التغير في العمالة بدلالة التغيرات في العوامل الأخري وهي المعادلة (3) :

$$\dot{E}_{it} = \frac{1}{P_{it}}\left[\dot{C}_{it} + \dot{X}_{it} - \dot{M}_{it} - \dot{P}_{it}.E_{it}\right] \qquad (3)^*$$

حيث $\dot{E} = \frac{dE}{dt}$ وتمثل التغير في مستوي العماله عبر الزمن.

وتوضح المعادلة *(3) أن معدل نمو العمالة $\dot{E}$ يتحدد بمحصلة أربع مكونات أساسية هي نمو الطلب المحلي والصادرات (حيث يكون أثرهما إيجابي علي نمو العمالة)، ونمو الواردات وإنتاجية العمل (حيث يكون أثرهما سلبياً علي نمو العمالة).

---

* يمكن الحصول علي المعادلة *(3) علي النحو التالي :

من المتطابقة (2) نحصل علي : $E_{it} \equiv \frac{Q_{it}}{P_{it}}$

وبالتعويض من (1) عن Q_{it} نحصل علي :

$$E_{it} \equiv \frac{C_{it} + X_{it} - M_{it}}{P_{it}}$$

بأخذ لوغاريتم الطرفين نحصل علي :

$$\log E_{it} = \log (C_{it} + X_{it} - M_{it}) - \log P_{it}$$

وبإيجاد التفاضل بالنسبة لعنصر الزمن نحصل علي :

$$\frac{d\log E_{it}}{dt} = \frac{d\log (C_{it} + X_{it} - M_{it})}{dt} - \frac{d\log P_{it}}{dt}$$

ومنها :

$$\frac{\dot{E}_{it}}{E_{it}} = \frac{1}{C_{it} + X_{it} - M_{it}}\left[\dot{C}_{it} + \dot{X}_{it} - \dot{M}_{it}\right] - \frac{\dot{P}_{it}}{P_{it}}$$

أي :

$$\dot{E}_{it} = \frac{Q_{it}}{P_{it}} \cdot \frac{1}{(C_{it} + X_{it} - M_{it})}\left[\dot{C}_{it} + \dot{X}_{it} - \dot{M}_{it}\right] - E_{it}\frac{\dot{P}_{it}}{P_{it}}$$

$$\dot{E}_{it} = \frac{1}{P_{it}}\left[\dot{C}_{it} + \dot{X}_{it} - \dot{M}_{it} - \dot{P}_{it}.E_{it}\right]$$

ولتقدير أثار التجارة مع الدول النامية علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة يتعين عزل أو فصل هذه الأثار عن المصادر الأخري المسببة للتغير في فرص العمالة. وقد قامت UNIDO (١٩٨٦) بإعداد تقديرات تعتبر من أكثر الحسابات شمولاً وحداثة في هذا المجال[1]، حيث أشتملت الدراسة علي نسبة أكبر من الدول الصناعية المتقدمة وغطت الفترة من ٧٥-١٩٨٠ وإعتمدت النتائج علي استخدام جداول المدخلات والمخرجات input-output table ويلخص هذه النتائج جدول (٦).

جدول (٦) مصادر التغير في فرص العمالة الصناعية في ست من الدول الصناعية*
(١٩٧٥-١٩٨٠) والأعداد بآلاف المشتغلين

المصدر	مقدار التغير (الزيادة +، النقص -)
الطلب المحلي	+ ٩٫٦٥٤
التجارة الخارجية :	- ١٥٦
كل الدول الصناعية	- ٥٠٣
كل الدول النامية	+ ١٧١
٩ دول فقط من الدول النامية **	- ٢٠٦
معاملات المدخلات والمخرجات	+ ١٦٥
إنتاجية العمل	- ١٠٫٢٥٩
المجموع الكلي	- ٨٣٠

* الدول الصناعية الست هي فرنسا والمانيا الاتحادية وإيطاليا واليابان والمملكة المتحدة والولات المتحدة وإشتملت الصناعة علي قطاعات الصناعات التحويلية والتعدين والمنافع العامة.

** الدول التسع هي الأرجنتين والبرازيل وهونج كونج وجمهورية كوريا وماليزيا والمكسيك والفلبيين وسنغافورة وتايلاند.

المصدر : UNIDO, 1986, Table 3.1

(١) توجد العديد من الدراسات المبكرة لتقدير أثار زيادة واردات الدول الصناعية من الدول النامية من المنتجات المصنعة علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة. والتي قامت بها ILO، OECD بالإضافة إلي UNCTAD. وللتعرف علي هذه الدراسات بالتفصيل يمكن الرجوع إلي :
C. Hsieh, Measuring The Effects of Trade Expansion on Exmployment: A Review of Some Research, International Labour Review, January, 1973, pp. 1-29.

ويلاحظ عل جدول (٦) أن كل من الصادرات والواردات لم تظهر بصورة منفصلة وإنما ظهر أثرها الصافي علي العمالة وقد تم تفصيل التجارة الخارجية طبقا لأطراف التجارة المختلفة. كما أشتمل الجدول علي التغير في المعاملات الفنية كمصدر للتغير في فرص العمالة.

ويتضح من الجدول أن التغيرات في الطلب المحلي والنمو في إنتاجية العمل تمثل المصادر الأكثر أهمية بالمقارنة مع التغيرات في التجارة الخارجية فالزيادة في صافي صادرات الدول الصناعية الست إلي الدول النامية أدت إلي زيادة فرص العمالة في هذه الدول بنسبة ٢٪ فقط من الزيادة في فرص العمل التي تحققت نتيجة الزيادة في الطلب المحلي، كما أن الزيادة في صافي الواردات من الدول النامية التسع الحديثة التصنيع لم تؤد إلي تخفيض في فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة الستة سوي بنسبة ٢٪ فقط من الإنخفاض الذي تم إرجاعه إلي الأرتفاع في إنتاجية العمل في هذه الدول.

وتتفق هذه النتائج مع نتائج دراسات أخري سابقة في هذا المجال بالنسبة للملكة المتحدة في الفترة من ١٩٧٠-١٩٧٥ حيث إتضح إنخفاض فرص العمالة بنسبة ٨٪ فقط في الصناعات التي تمثل فيها الواردات من الدول النامية حوالي ٢٪ أو أكثر من الإستهلاك المحلي علي مدي الفترة المذكورة بينما لوحظ أن النمو في الإنتاجية قد ترتب عليه فقد في الوظائف يزيد ثلاثون مرة عن الفقد في العمالة الذي أرجع إلي التجارة مع الدول النامية.

ففي صناعة الملابس علي سبيل المثال والتي كانت أكثر تأثراً بالواردات من الدول النامية فإن الفقد في فرص العمل الذي سببه النمو في الإنتاجية قدر بحوالي أربعة أمثال ما سببته التجارة[1].

ثالثا : تقييم المؤشرات السابقة :

سنحاول فيما يلي تقييم المؤشرات الثلاثة السابقة بهدف تقدير الأثر الصافي الحقيقي للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة :

---

(١) Adrian Wood, Op. Cit, p. 28

أ- معدلات إختراق الواردات :

يوضح هذا المؤشر النسبة المئوية من واردات الدول المتقدمة من الدول النامية في استهلاك الدول المتقدمة، وقد إتضح ضآلة هذه النسبة من واقع البيانات التطبيقية وربما يستنتج من ذلك بالتبعية ضآلة الأثار السلبية التي تنشأ نتيجة التوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة. غير أن مثل هذا الإستنتاج قد ينقصة الدقة للأسباب التالية :

١- ترتبط معدلات إختراق الواردات بالناتج وليس بالعمالة ولما كانت الواردات من الدول النامية تتركز أساساً في المنتجات أو القطاعات الأكثر تكثيفاً للعمل فإن إنخفاض هذه المعدلات لايعني بالضرورة ضآلة تأثيرها علي العمالة في الدول الصناعية المتقدمة ولاسيما إذا أخذنا في الاعتبار الأثار غير المباشرة أو الثانوية (أثار الربط) التي تنشأ نتيجة الإعتماد المتبادل بين هذه الصناعات والصناعات الأخري المرتبطة بها.

٢- ربما تتسبب المنافسة في الصناعات التي تتنافس مع الواردات في الدول الصناعية المتقدمة في إزاحة بعض العمال بالرغم من إنخفاض معدلات الإختراق نتيجة إستجابة المنشآت المحلية للمنافسة من خلال إدخال فنون إنتاجية جديدة تقلل من استخدام العمال بدرجة أكبر(١).

٣- إن معدلات إختراق الواردات تركز فقط علي أثار زيادة الواردات في الدول الصناعية المتقدمة علي فرص العمالة بها بينما تتجاهل المكاسب التي يمكن أن تتحقق بالنسبة للعمالة نتيجة قيام الدول النامية بزيادة وارداتها من الدول الصناعية والتي يتم تمويلها إلي حد كبير من صافي المتحصلات من الصرف الأجنبي التي تحصل عليها الدول النامية والتي تتأثر بدورها بما تدفعه الدول الصناعية المتقدمة كمقابل عن وارداتها إلي الدول النامية. أي أن مقياس معدلات إختراق الواردات يعتبر مقياس من جانب واحد ويتجاهل ما يُعرف بأثر الأنفاق.

---

(١) يري البعض مثل (Kruger) أن تركيم رأس المال والتقدم الفني التلقائي قد يدفع تدريجياً بالأجور الحقيقية إلي أعلي في الدول الصناعية المتقدمة مما يجعل استخدام الفنون الكثيفة العمل غير اقتصادي. ومن المحتمل أن يكون للتجارة مع الدول النامية أثار مماثلة.

انظر : Ibid., p. 28.

ب- محتوى التجارة من عوامل الإنتاج :

تواجه معظم الدراسات التقليدية لمحتوي التجارة من عنصر العمل العديد من المشكلات التي تؤثر في مدي دقة التقديرات ويتسبب معظمها في إعطاء تقديرات منخفضة للآثار السلبية الحقيقية علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة نتيجة تجارتها مع الدول الصناعية.

وفيما يلي نناقش أهم هذه المشكلات :

١- ربما تتسبب المشكلة الأولي (فقط) في إعطاء تقديرات مبالغ فيها بالنسبة للآثار السلبية علي العمالة في الدول الصناعية المتقدمة، وتتمثل هذه المشكلة في أن السلع التي يتم إستيرادها من الدول الصناعية تكون غالبا أرخص نسبياً بالمقارنة مع ثمنها عندما تنتج محليا في الدول الصناعية، وقد يترتب علي ذلك أن المستهلكين في هذه الدول قد يقوموا بشراء واردات أكبر مما لو تم الإنتاج محليا ومن ثم تكون الزيادة في الواردات أكبر من الإنخفاض في الناتج المحلي ولذلك فإن استخدام مستوي الواردات كمؤشر للإنخفاض في الناتج(كما يُفترض غالباً في معظم هذه الدراسات) قد يؤدي إلي تقدير مبالغ فيه (أعلي من حقيقتة) بالنسبة للنقص في فرص العمالة في الدول الصناعية ويتوقف ذلك علي مدي الزيادة في طلب المستهلكين التي تحدث نتيجة الأثمان الأقل للواردات.

٢- تتلخص المشكلة الثانية في أن معظم الدراسات التقليدية لمحتوي التجارة من العمل قد تسترشد بالفوائض الكبيرة التي تحققها معظم الدول الصناعية المتقدمة في تجارتها مع الدول النامية كدليل تطبيقي علي أن هذا النوع من التجارة يؤدي فعليا إلي زيادة فرص العمالة بالدول الصناعية وما يتضمنه ذلك من تخفيض فرص العمالة بالدول النامية وهو الأمر الذي قد يبدو غير منطقيا.

وتتجاهل هذه المناقشة إحتواء صادرات الدول الصناعية المتقدمة من المنتجات المصنعة علي جزء من المنتجات الأولية التي تم إستيرادها من الدول النامية فضلاً عن تجاهل أثر المضاعف علي العمالة في الدول النامية[1].

---

(١) حيث يترتب علي زيادة معينة في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة حصولها علي مكتسبات صافية من الصرف الأجنبي تستطيع استخدامها في تمويل وارداتها من الدول الصناعية الأمر الذي يؤدي إلي زيادة الطلب الكلي بشكل مضاعف يتحدد بالميل الحدي للإستيراد. ويطلق علي الزيادة في العمالة في الدول النامية التي تنشأ نتيجة التوسع الثانوي في الطلب الكلي - أثر المضاعف.

انظر : Lydall, op. cit, pp. 222-223

٣- تتمثل المشكلة الثالثة في دراسات تقدير محتوي التجارة من العمل في أنها تفترض أن كل الواردات من المنتجات المصنعة من الدول النامية تتنافس مع سلع مماثلة لها يتم إنتاجها محليا في الدول الصناعية ومن ثم يقدر محتوي العمل في هذه الواردات من واقع بيانات عن المنشآت المحلية التي تقوم بإنتاج هذه السلع.

وفي حقيقة الأمر نجد أن هناك الكثير من الواردات من المنتجات المصنعة من الدول النامية وخاصة كثيفة العمل أصبحت غير متنافسة "non-competing" مع ما ينتج محليا في الدول الصناعية ربما لأن الكثير من هذه السلع لم يعد يُصنع أو ينتج في هذه الدول. ويترتب علي ذلك أن تقدير محتوي الواردات من العمل سيكون منخفضاً ومن ثم يكون الأثر الصافي المعاكس للطلب علي العمل في الدول الصناعية أقل من حقيقته.

ويقترح البعض[١] طريقة بديلة أفضل لتقدير محتوي العمل الإفتراضي في الواردات في السلع التي تعتبر غير متنافسة مع الناتج المحلي من خلال تقدير كمية العمل ودرجة المهارة التي تستخدم فعلاً في إنتاج هذه السلع في دولة المنشأ أو المصدر بعد تعديلها لتأخذ في الإعتبار - إحتمال قيام المنشآت في الدول الصناعية باستخدام وسائل إنتاج أقل تكثيفا في استخدام العمل نظراً لإرتفاع الأجور فضلاً عن مراعاة مسألة تخلف التكنولوجيا في الدول النامية المصدرة لهذه السلع. "Inferiority of technology"

جـ- مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة:

تفترض دراسات حساب مساهمة التجارة في تغير فرص العمالة السابقة الإشارة إليها أنه يمكن عزل أثار المكونات المختلفة المسببة للتغير في العمالة ومنها التجارة وتواجه هذه الدراسات بالمشاكل التالية :

---

(١) استخدم Wood (١٩٩٠) هذه الطريقة في حساب محتوي العمل للواردات غير المنافسة وليس مستغرباً أن نصل إلي تقديرات أكثر إنخفاضاً للطلب علي العمل في القطاع الصناعي في الدول الصناعية نتيجة تجارتها مع الدول النامية علي مدي فترة تقدر بحوالي ثلاثة عقود حيث قدر الطلب علي العمل (الأثر الصافي) بمقدار يقل بحوالي ٩ مليون شخص - سنة بالمقارنة مع معظم الدراسات السابقة. وقدرت نسبة الإنخفاض بحوالي ١٢٪ من العمالة بالقطاع الصناعي عام ٨٥. . .

علاوة علي ذلك فإن الإنخفاض كان أكثر وضوحا وتركيزاً علي فئة العمل غير الماهر حيث كانت النسبة حوالي ٦٪ من العمالة غير الماهرة علي مستوي الاقتصاد القومي ككل بينما لم تتعدي ١ر٪ بالنسبة للعمل الماهر.

انظر : Adrian, Wood, op. cit., pp. 25-26 (Table 4)

١- إن الإفتراض بأن التغيرات في إنتاجية العمل لاترتبط بالتجارة الخارجية[١] ربما يؤدي إلي نتائج مضللة بالنسبة لتأثير التجارة مع الدول النامية علي الطلب علي العمل وخاصة غير الماهر في الدول الصناعية المتقدمة وفي حقيقة الأمر أن هذا النوع من التجارة يمكن أن يؤدي إلي زيادة الإنتاجية طالما أن الواردات المنخفضة التكلفة من الدول النامية تحفز المنشآت التي تنتج سلع متنافسة مع الواردات علي زيادة الإنتاجية وخفض تكاليف الإنتاج، ومن المحتمل أن يحدث هذا من خلال إحلال مزيد من رأس المال والمهارات محل العمل غير الماهر لمواجهة المنافسة الخارجية، يضاف إلي ذلك أن زيادة الإنتاجية قد تقتضي إحداث تغيرات في تركيبه الناتج حيث تترك المنشآت الأنشطة المكثفة للعمل إما بالتخلي عن إنتاج منتجات معينة أو بتجزئة عمليات الإنتاج بحيث تقتصر فقط علي العمليات الإنتاجية الأكثر تكثيفاً للمهارة ورأس المال.

وهكذا فإن التجارة مع الدول النامية قد تسبب تخفيضات أكبر نسبياً في الطلب علي العمل غير الماهر في الدول الصناعية بأكثر مما توضحه النتائج القائمة علي إفتراض عدم أرتباط التغيرات في الإنتاجية بالتغيرات في التجارة[٢].

ولكن يبقي السؤال الهام: إلي أي مدي تساهم التجارة مع الدول النامية في زيادة الإنتاجية؟ وكيف يمكن عزل هذا الأثر عن الأثار الأخري بما فيها التجارة بين الدول الصناعية بعضها البعض؟.

٢- حاول البعض Wood (١٩٨٩) عزل أثار التجارة علي نمو الإنتاجية عن طريق استخدام بيانات عن قطاعات لاتقوم بالتجارة الخارجية (مثل أنشطة البناء والتشييد والخدمات) وذلك بهدف معرفة تأثير العوامل الداخلية الأخري.

وقد أوضحت هذه الدراسات أن إنتاجية العمل في القطاع الصناعي في الدول الصناعية قد حققت نمواً بمعدلات متزايدة[٣] في أوائل الستينات من هذا القرن وخاصة بعد أن بدأت

---

(١) لقراءة أكثر تفصيلاً عن إرتباط الإنتاجية بالتجارة :

انظر : James R. Tybout, Linking Trade and Procductivity : New Research Dric-tions, The World Bank Economic Review, Vo. 6, No. 2, 1992. pp. 189-211.

(٢) يترتب علي تجاهل أثار نمط الواردات في الماضي علي فرص العمالة في الوقت الراهن - تقدير الأثار السلبية للتجارة بأقل من حقيقتها في الدول الصناعية المتقدمة.

انظر : Martin and Evans, op. cit., p. 163

(٣) قد يفسر البعض هذه النتيجة بالنمو السريع في التقدم التكنولوجي التلقائي أو النمو في الأجور الحقيقية وربما يتضح عدم ملائمة هذا التفسير إذا أخذنا في الاعتبار أن نمو الإنتاجية في القطاعات التي لاتقوم بالتجارة لم يتزايد نتيجة هذه العوامل.

صادرات الدول النامية من المنتجات المنصعة في الإنطلاق وغزو أسواق الدول الصناعية المتقدمة. وبالرغم من إتجاه نمو الإنتاجية في كافة القطاعات نحو التباطؤ منذ أواخر الستينات إلا إنه كان أقل وضوحاً في القطاع الصناعي بالمقارنة مع القطاعات الأخري التي لاتقوم بالتجارة.

وتتسق هذه النتيجة مع تركز الإنتاج كثيف العمل في الدول النامية من ناحية واستخدام الفنون الإنتاجية الموفرة للعمل في الدول الصناعية المتقدمة من الناحية الأخري.

ولتقدير أثر التجارة علي الطلب علي العمل في القطاع الصناعي يتم مقارنة كمية العمل الفعلية اللازمة لكل وحدة من الناتج مع كمية العمل التي كان يجب استخدامها إذا إستمر النمو في الإنتاجية في القطاع الصناعي - بطيئاً - بالنسبة للإنتاجية في القطاعات الأخري في فترة الخمسينات.

وقد إتضح طبقا لهذه الطريقة أن الإنخفاض في الطلب علي العمل في الصناعة في الفترة من ٦٥-١٩٨٥ في كل الدول الصناعية تراوح بين ١٠ إلي ٣٠ مليون شخص في السنة وهو مايعني إنخفاض مساهمة النصيب النسبي للقطاع الصناعي في العمالة من ٢٩٪ إلي حوالي ٢٢٪ في هذه الدول[1].

٣- من الممكن توجيه العديد من الإنتقادات إلي نتائج الدراسات السابقة التي إعتمدت علي بيانات فترة الخمسينات فربما لاتكون هذه البيانات بالضرورة أساس جيد للمقارنة، كما أن إرجاع الزيادة في إنتاجية العمل في القطاع الصناعي في الدول الصناعية المتقدمة إلي التجارة مع الدول النامية وحدها قد يعتبر تبسيطاً مبالغ فيه، فالحقيقة أن جزء من النمو السريع في إنتاجية العمل في القطاع الصناعي يرجع إلي أسباب أو مصادر أخري مثل التكنولوجيا الحديثة أو نتيجة المنافسة الشديدة بين الدول الصناعية المتقدمة وبعضها البعض ومن ثم يكون من الصعب عزل أو تمييز أثار التجارة مع الدول النامية علي فرص العمالة في الدول الصناعية عن الأثار الأخري بما فيها التجارة بين الدول الصناعية نفسها.

٤- حاولت بعض الدراسات توضيح أثار منافسة الواردات في الدول الصناعية المتقدمة علي الأجور في صناعات معينة وخاصة في الولايات المتحدة.

---

(١) Adrian Wood, op. cit., p. 29

وإستنتجت معظم هذه الدراسات أن هذه المنافسة قد أثرت جوهرياً علي الأجور في قطاعات معينة وأدت إلي إتساع الفروق الأجرية بين العمل الأكثر مهارة والأقل مهارة[١].

وتتسق هذه النتيجة مع ما خلصت إليه العديد من الدراسات السابقة بأن التجارة مع الدول النامية تقلل من الطلب النسبي علي العمل غير الماهر في الدول الصناعية المتقدمة بالرغم أن التجارة بين الدول الصناعية المتقدمة وبعضها البعض قد لعبت دوراً ملحوظاً في هذا الخصوص حيث تشير العديد من الدلائل إلي تزايد الفروق في الأجور في الثمانينات في أوروبا وبصفة خاصة في المملكة المتحدة.

رابعا : ملخص البحث وأهم النتائج :

حاول البحث الإجابة علي سؤال أساسي وهو كيف تؤثر تجارة الدول النامية مع الدول الصناعية المتقدمة في مجال المنتجات المصنعة علي ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة؟ وللإجابة علي هذا السؤال تناول البحث توضيح طبيعة الأثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة وميز بين الأثار الأولية والأثار الثانوية المحتملة. ثم تناول بالتحليل دراسة أهم المؤشرات الدالة علي هذه الأثار المحتملة وإستعرض ثلاثة مؤشرات أساسية هي معدلات إختراق الواردات ومحتوي التجارة من العمل ومدي مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة. وبهدف الوصول إلي نتائج أفضل قام الباحث بتقييم المؤشرات السابقة حيث تمت مناقشة المشكلات وأوجه القصور للتعرف علي الأثر الصافي الحقيقي علي فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة.

---

(١) انظر علي سبيل المثال :

Barry, BlueStone, The Impact of Schooling and Industrial Restructuring on Recent Trends in wage inequality in the united states, American Economic Review papers and proceedings, May, 1990, pp. 303-337.

وقد خلص البحث إلى أهم النتائج التالية :

١- بالرغم من وجود العديد من الدراسات الكمية التي حاولت تقدير أثار التوسع في الصادرات المصنعة للدول النامية علي فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة إلا أن نتائج معظم هذه الدراسات كانت متحيزة لأسفل، حيث قدرت الأثار السلبية علي العمالة بأقل من حقيقتها نتيجة الإعتماد علي إفتراضات معينة (مثل تماثل أو تنافس الواردات من المنتجات المصنعة من الدول النامية مع الناتج المحلي في الدول الصناعية المتقدمة، عدم إرتباط النمو في إنتاجية العمل بالتجارة الخارجية).

يضاف إلي ذلك عدم الأخذ في الإعتبار كافة الأثار المحتملة (الأولية والثانوية) علي العمالة.

٢- إتضح من تقييم أهم المؤشرات الدالة علي الأثار المحتملة للتوسع في الصادرات المصنعة للدول النامية علي فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة إمكانية تحسين نتائج هذه المؤشرات لتعبر عن الأثر الصافي الحقيقي بصورة أفضل بعد الأخذ في الإعتبار أهم المشكلات التي واجهت الدراسات السابقة.

وبالرغم من هذا التحسن النسبي في التقديرات إلا إنها لم تصل إلي الحدود المبالغ فيها التي يتصورها غير الاقتصاديين ومحبذي سياسات الحماية.

٣- بالرغم من ضعف وضآلة الأثار المحتملة لتجارة الدول الصناعية المتقدمة مع الدول النامية علي مستوي العمالة الكلية في الدول الصناعية - إلا أنها قد تؤثر بشكل جوهري علي قطاعات معينة فضلاً عن التأثير في هيكل الطلب علي المهارات.

فمن المحتمل أن يحدث تغيرات في توزيع العمالة بين القطاعات في الدول الصناعية حيث يقل الطلب علي العمالة في الصناعات التي تنتج السلع المتنافسة مع الواردات بينما يزيد الطلب في الصناعات التي تنتج السلع التصديرية إلي الدول النامية وذلك إذا أخذنا في الإعتبار أثر الإنفاق من قبل الدول النامية علي تمويل وارداتها من الدول الصناعية.

ومن الناحية الأخري فإن التوسع في الصادرات المصنعة للدول النامية والتي تتكون غالباً من منتجات كثيفة العمل قد يتسبب في التأثير علي هيكل المهارات ويؤدي إلي تقليل الطلب علي العمل غير الماهر بالنسبة للعمل الماهر في الدول الصناعية المتقدمة.

ولكن يلاحظ أن التغير السنوي في العمالة القطاعية نتيجة التجارة مع الدول النامية يعد

ضئيلاً (٥ر٠٪) إذا ما قورن بنسبة تصل إلي حوالي ٢٠٪ من العمال يرغبون سنوياً في تغيير وظائفهم في الدول الصناعية المتقدمة، كما أن الإنخفاض في الطلب علي العمل لايتعدي نسبة ٢٠٪ من قوة العمل غير الماهر علي مدي الفترة (١٩٦٥-١٩٨٥).

٤- من المحتمل أن تثير التغيرات في هيكل الطلب علي المهارات مشكلات أكثر خطورة وإستمرارية من بالمقارنة مع التغيرات في الطلب القطاعي علي العمالة - إذا أخذنا في الإعتبار أن العمال غير المهرة الذي إختفت وظائفهم قد لا يستفيدوا من التوسع في فرص العمالة الماهرة والفنية.

ويتمثل علاج السوق لهذه المشكلات في مزيد من الإتساع في الفروق الأجرية بين العمال المهرة وغير المهرة، وقد لوحظ بالفعل إتساع هذه الفروق في الولايات المتحدة وأوروبا في الفترة الماضية ولكن من غير الواضح كم من هذه الفروق يمكن إرجاعه إلي تجارة هذه الدول مع الدول النامية؟

٥- بينما يؤدي إتساع الفروق الأجرية بين العمل الماهر وغير الماهر - من الناحية النظرية - إلي منع البطالة الدائمة للعمل غير الماهر نتيجة زيادة الطلب النسبي علي العمل غير الماهر فضلاً عن تقليل العرض، فمن الناحية الواقعية تقاوم النقابات العمالية هذا الإتجاه وربما ساعدها علي ذلك، الجمود النسبي في الأجور الذي يعمل علي إستمرار وجود العجز في العمالة الماهرة والوفرة من العمالة غير الماهرة.

ويترتب علي ذلك أن مهمة الحكومات في الدول الصناعية المتقدمة قد تصبح أكثر صعوبة في محاولتها التوفيق بين الأهداف المتعارضة المتمثلة في تخفيض معدل التضخم وتقليل معدل البطالة وخاصة في الدول الأوروبية نظراً لوجود العديد من العقبات المرفقية التي تحد من مرونة الأجور فضلاً عن إنتشار البطالة علي نطاق واسع نسبياً بين العمال غير المهرة.

٦- إتضح من دراسة مدي مساهمة التجارة في نمو فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة ضآلة أثارها بالنسبة للتغيرات في الطلب المحلي والنمو في إنتاجية العمل كمصادر مسببة للتغير في فرص العمالة.

وقد قدرت نسبة التخفيض في فرص العمالة في ستة من الدول الصناعية المتقدمة (٧٥-١٩٨٠) نتيجة زيادة وارداتها من الدول النامية الحديثة التصنيع - بما لايتعدي ٢٪ فقط من الإنخفاض الذي تم إرجاعه إلي الإرتفاع في إنتاجية العمل في هذه الدول

وقد إتفقت هذه النتيجة مع نتائج الدراسات المبكرة في نفس المجال والتي قامت بها منظمات ILO، OECD في الستينات و UNCTAD في أوائل السبعينات.

٧- إن إتباع سياسات الحماية للحد من الأثار السلبية علي العمالة في الدول الصناعية المتقدمة نتيجة التوسع في الصادرات المصنعة للدول النامية - لن يكون العلاج المناسب حتي من وجهة نظر تحقيق مصالح الدول المتقدمة ومع تجاهل الأضرار التي قد تلحق بالدول النامية، وقد أوضحت العديد من الدراسات أن تكاليف الحماية ربما تفوق المكاسب التي يمكن أن تحققها العديد من القطاعات.

ولذلك قد يكون من الأفضل إتباع وسائل أخري غير الحماية بحيث تقدم الحكومات في الدول الصناعية المتقدمة أوجه المساعدة المختلفة للقطاعات أو الفئات التي قد تتضرر من التجارة مع الدول النامية. فمواجهة مشكلة إنخفاض الطلب علي العمل غير الماهر ممكنة من خلال المزيد من الإنفاق علي التعليم والتدريب وخلق فرص عمل لغير المهرة، كما أن تحسين الدخل المتاح للعمال من ذوي الأجور المنخفضة يمكن تحقيقه من خلال إتباع وسائل مختلفة لإعادة توزيع الدخل مثل إتباع أنظمة ملائمة للضرائب والرفاهية والضمان الإجتماعي.

المراجع الأجنبية :

- BlueStone, Barry, The Impact of Schooling and Industrial Restructuring on Recent Trends In Wage Inequality in the United States, American Economic Review, papers and proceedings, May, 1990, pp. 303-337.

- Hsieh. C, Measuring the Effects of Trade Expansion on Employment : A Review of Some Rsearch, International Labour Review, January, 1973, pp. 1-29.

- Lydall, H.F., Employment Effects of Trade Expansion, International Labour Review, March, 1975, No. 3, pp. 219-224.

  This paper is based on a summary prepared by the author of a longer study which has been published by the ILO, Geneva, 1975 under the title : Trade and Employment. A Study of the Effects of trade Expansion on Employment n Developing and Developed Countries.

- Martin, J.P., and J.M. Evans, Notes on Measuring the Employment Displacement Effects of Trade by the Accounting procedure, Oxford Economic papers, March, 1981, pp. 154-164.

- Tybout, James R., Linking Trade and Productivity: New Research Directions, The World Bank Economic Review, Vol. 6, No. 2, 1992, pp. 189-211.

- UNCTAD, Trade and Development Report. New York, 1993.

- UNIDO, Industry and Development Global Report, Vienna, 1986.

- Wood Adrian, How Much Does Trade With The South Affects Workers In The North?, The World Bank Research Observer, Vol. 6, No. 1, January, 1991, pp. 19-36.



REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

